

UiO • Det juridiske fakultet

Totalentreprenørens undersøkelse- og varslingsplikt etter NS 8407 pkt 25.1.

Kravene til totalentreprenørens undersøkelsesplikt av byggherrens ytelser og andre forhold han har risikoen for.

Kandidatnummer: 556

Leveringsfrist: 25. November 2013

Antall ord: 17 333



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Kort om rettkildebildet:	2
1.3	Avgrensning videre:	4
2	FUNKSJONSFORDELINGEN: HVEM SKAL BÆRE RISIKOEN I TOTALENTREPRISEFORHOLD?:	5
2.1	Gangen i en byggesak: De ulike fasene	5
2.2	Funksjonsfordelingens rolle mellom partene i et totalentrepriseforhold:	7
2.3	Undersøkelsesplikts rolle i kontraktsforholdet:	9
3	OVERORDNET OM UNDERSØKELSESPLIKTEN:	9
3.1	Undersøkelsesplikts oppstandelse: Forholdet til obligasjonsretten	9
3.2	Forholdet til de tidligere standardene:	11
3.2.1	Totalentreprisens utvikling:	11
3.2.2	Historisk utvikling av undersøkelsesplikten:	12
3.3	Forholdet mellom undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 og varslingsplikten i pkt 25.1.2:	16
3.4	Ansvarsgrunnlaget i pkt 25.1.2:	17
3.4.1	Forpliktelsens gjenstand: Realforpliktelse	17
3.4.2	Erstatningsansvaret:	18
3.4.3	Ansvarsgrunnlagets betydning:	19
4	BEGRUNNELSEN FOR UNDERSØKELSESPLIKTEN:	20
4.1	Undersøkelsesplikts formål:	20
4.2	Den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforholdet:	20
4.3	Andre relevante hensyn bak bestemmelsen:	22

4.3.1	Fremdriftshindringer:	22
4.3.2	Merkostnader:	23
4.3.3	Kvalitetssvikt ved det ferdige resultatet:	23
4.3.4	Samfunnsøkonomiske hensyn:	24
4.4	Oppsummering	24
5	TOTALENTREPENØRENS GJENNOMGANG AV BYGGHERRENS YTELSER OG ANDRE FORHOLD HAN HAR RISIKOEN FOR, UNDERSØKELSESPLIKTEN I PKT 25.1.1	25
5.1	Innledning:	25
5.2	Undersøkelsespliktens omfang etter pkt 25.1.1:	26
5.2.1	Forhold totalentreprenøren særlig skal legge vekt på etter pkt 25.1.1 annet ledd:	28
5.2.2	Oppsummering:	44
5.3	Grundighet: Hvor grundig skal undersøkelsene være etter pkt 25.1.1?	44
5.3.1	Utgangspunktet i kontraktforpliktelsen:	45
5.3.2	Aktsomhetsvurderingen:	50
5.3.3	Oppsummering	60
5.4	Når skal undersøkelsen etter pkt 25.1.1 foretas?	60
6	REGISTER:	62
6.1	Standardkontrakter	62
6.2	Lover	63
6.3	Forarbeider	63
6.4	Domsregister	63
6.4.1	Høyesterettsdommer	63
6.4.2	Lagmannsrettsdommer	64
6.4.3	Tingsrettsdommer	64
6.4.4	Voldgiftsdommer	64
6.5	Uttalelser	64

6.6	Litteratur	65
-----	------------------	----

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Entrepriseretten omhandler kontrakter om bygge- og anleggsarbeidet, samt gjennomføringen av slike kontrakter. Det er i norsk entrepriserett flere ulike entreprisemodeller, men en pleier tradisjonelt å dele inn i to typer, utførelsesentreprise og totalentreprise. Det er totalentreprise som skal være temaet for denne avhandlingen. Det som karakteriserer totalentreprise er at entreprenøren påtar seg en kontraktrettslig forpliktelse om både å prosjektere og utføre et byggearbeid. I motsetning til i utførelsesentreprise der byggherren selv, eller rådgivere som identifiseres med byggherren, i det vesentlige ville stått for prosjekteringen. Dette blir avgjørende for hva som regnes som totalentreprenørens funksjonsområde. Selv om det i utgangspunktet er totalentreprenøren som skal stå for prosjektering og utførelse vil byggherren ofte ha spesifikasjoner til bygget. Disse spesifikasjonene utgjør en ramme for hva totalentreprenøren må forholde seg til i sin prosjektering og utførelse. Hovedregelen er at byggherren har risikoen for de spesifikasjoner han kommer med.

Funksjonsfordelingen i totalentrepriseforhold kan komme i fokus hvis det oppstår problemer i byggeprosessen, og dermed et spørsmål om hvem som skal bære risikoen for problemet. Et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten er at risikoen skal fordeles etter funksjonsfordelingen. Totalentreprenørens undersøkelse- og varslingsplikt kan imidlertidlig modifisere dette utgangspunktet.

I NS 8407 pkt 25.1 pålegges totalentreprenøren en aktiv plikt til å undersøke, og eventuelt varsle om forhold som opprinnelig er byggherrens risiko. Forsømmelse av undersøkelse- og varslingsplikten kan i ytterste fall føre til at totalentreprenøren kan bli holdt erstatningsansvarlig.. For å avgjøre om hva som kan føre til erstatningsansvar må kravene til undersøkelse- og varslingsplikten analyseres. Erstatningsansvaret følger direkte av brudd på varslingsplikten i pkt 25.1.2. Hva som regnes som brudd på varslingsplikten vil bero på en vurdering av undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1, og om den er opprettholdt.

Problemstillingen videre vil være hvilke krav som stilles til totalentreprenørens undersøkelsesplikt slik at vilkårene for varslingsplikten blir oppfylt. Om byggherren varsler slik han skal etter kontraktforpliktelsene vil han kunne ha rett på tilleggsvederlag eller fristforlengelse, jf pkt 25.1.2 tredje ledd. Det er kun i tilfeller der totalentreprenøren ikke varsler han vil kunne bli holdt erstatningsansvarlig, jf pkt 25.1.2 annet ledd. Utgangspunktet for problemstillingen er at byggherren leverer ytelser til totalentreprenøren, og disse ytelsene fører til forsinkelser, fordyrelser eller at den ferdige kontraktsgjenstanden ikke blir som byggherren hadde ønsket.

1.2 Kort om rettskildebildet:

Rettskildebildet i entrepriseretten skiller seg fra andre rettsområder ved at det finnes lite lovgivning på området, spesielt innenfor næringsentreprise. Næringsentrepriser er entreprisekontrakter som ikke omfatter forbrukerforhold, og blir derfor ikke regulert direkte av Bustadoppføringsloven og Håndverkertjenesteloven.

De alminnelige rettskildepriksippene gjelder også på entrepriserettens område, men det vil i det videre særskilt bli sagt noe om rettskildebildet for næringsentreprise.

Da det på næringsentreprisens område ikke finnes noen alminnelig lovgivning, har den tradisjonelt blitt regulert av avtaler mellom partene som inkluderer vilkår fra standardkontrakter. Standardkontraktene kom som et resultat av den manglende lovgivningen på området, og har siden slutten av 1800-tallet blitt sett på som en selvregulering i bygg- og anleggsbransjen.¹

Standardkontraktene har blitt utarbeidet av komitéer med representanter fra begge sider i byggebransjen, og blir fremstilt i regi av Norsk Byggstandardiseringsråd (NBR), nå Standard Norge. Sammensetningen av parter fra begge sider er for å sikre en viss garanti for at

¹ Sandvik: Entreprenørrisikoen (1966) s. 59 flg.

standarden skal innebære en rimelig avveining av motstridene interesser², og dermed ivaretar begge partenes rettigheter og plikter. Det at standardkontraktene utgjør en så detaljert og uttømmende regulering av begge parter rettigheter og plikter har ledet til at det i praksis har vært styrende for *bransjepraksis*. Denne overensstemmelsen med bransjepraksis gjør at standardkontraktene blir brukt som den rettskilden i entrepriseretten det blir lagt mest vekt på der det mangler andre rettskilder. Særlig der et tema er regulert likt i flere av de entrepriserettslige kontraktene en har, vil løsningen også kunne bli ansett gjeldende bakgrunnsrett i tilfeller der bruk av standarden ikke er direkte avtalt. Den standardkontrakten som i dag regulerer totalentreprisen er NS 8407 «Alminnelige kontraktbestemmelser for totalentrepriser» fastsatt 1. juli 2011.

Da det i entrepriseretten tradisjonelt har vært tvisteløsning gjennom voldgift, fører det til at tilgjengelig rettspraksis på området er begrenset. Bakgrunnen for det er at i de fleste tidligere standardkontraktene var klausuler om voldgift som tvisteløsning.³ Dermed har de ordinære domstolene med offentlige dommer ikke så ofte tatt stilling til rettsspørsmål som måtte oppstå. Det kan derfor for enkelte spørsmål være grunn til å se på rettspraksis som gjelder samme problemstilling for andre rettsområder enn totalentreprise, som f.eks i NS 8405 for utførelsesentreprise, der mange av bestemmelsene i det vesentlige er like med NS 8407, med unntak fra enkelte særskilte bestemmelser om endring.⁴ Det gjør også at litteratur som omhandler NS 8405 eller dens forgjengere, vil være av interesse i tolkningen av bestemmelsene i NS 8407.

Entrepriseretten regnes som en spesiell del av den alminnelige kontraktsretten, og for å tolke standardkontrakter innenfor entrepriserett er det derfor naturlig å ta utgangspunkt i

² Hagstrøm, *Entrepriserett utvalgt emner*, (1997) s. 14

³ Hagstrøm, *Entrepriserett utvalgte emner* (1997) s. 140

⁴ Barbo, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* (1997) s. 13

alminnelig kontraktsrettlige- og obligasjonsrettslige prinsipper.⁵ Det følger av alminnelig avtalerett at ved tolkning av en kontrakt, skal det i det vesentlig legges vekt på ordlyden i kontrakten.⁶ Sentralt vil være ordlyden i den konkrete avtalen mellom partene da den gir inntrykk for partenes forplikelser og rettsvirkninger ved brudd på avtalen.

Høyesterett har ved flere anledninger uttalt seg om tolkning av standardkontrakter. I Rt 2010 s. 961 som omhandlet en tvist i den tidligere standarden for totalentreprise NS 3431, slo høyesterett fast det alminnelige avtalerettslige prinsippet om at man skal ta utgangspunkt i ordlyden i kontrakten. Ved en tolkning av bestemmelsens ordlyd uttalte Høyesterett:

*“Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.”*⁷

Det følger av dommen at der ordlyden ikke gir klare holdepunkter vil den måtte leses i lys av bestemmelsens formål og andre reelle hensyn.

1.3 Avgrensning videre:

I denne avhandlingen er det undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 og forholdet den har til varslingsplikten i pkt 25.1.2 som skal analyseres. Det avgrenses derfor i hovedsak mot kravene som stilles til de andre undersøkelse- og varslingspliktene som følger av NS 8407.

Det tas som utgangspunkt for videre drøftelse at partene har valgt å følge standardkontrakten uten å inngå ytterligere avtaler som fraviker bestemmelsene.

⁵ For en nærmere redegjørelse av kontraktrettslige- og obligasjonsrettslige prinsipper, se Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 42 flg og 66 flg.

⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 43

⁷ RT 2010 s. 961 avsnitt 44.

Videre avgrenses det mot de nærmeste detaljer hva gjelder rettsvirkningene av for sen eller utelatt varsling, inkludert erstatningsansvaret og erstatningsutmålingen som følge av brudd på varslingsplikten i pkt 25.1.2.

I avhandlingen videre skal jeg redegjøre for funksjonsfordelingen, undersøkelsespliktens rolle mellom partene, overordnet om undersøkelsesplikten, begrunnelsen for den og tilslutt en total gjennomgang av undersøkelsespliktens omfang og grundighet.

2 Funksjonsfordelingen: Hvem skal bære risikoen i totalentrepriseforhold?:

2.1 Gangen i en byggesak: De ulike fasene

For å få en full forståelse av risikofordelingen er det viktig å ha kunnskaper om gangen i en byggesak. Selve byggeprosessen starter ved at det foreligger et behov fra byggherrens side for et nybygg, påbygg, ombygging, rehabilitering o.l. En byggeprosess er delt inn i ulike faser, men mest relevant er *programmeringsfasen*, *prosjekteringsfasen*, *produksjonsfasen* og *overtagelsesfasen*.⁸ Dette gjelder for alle typer entrepriseforhold. Det er kontraktsforpliktelsene som avgjør hvilke type entreprisekontrakt som kan anvendes. Da denne avhandlingen begrenser seg til totalentreprise, vil det gis en nærmere forklaring på de ulike fasene i en totalentreprisekontrakt.

Den første fasen av en byggeprosess kalles programmeringsfasen eller programfasen. Det er i denne fasen byggherren anerkjenner sitt behov og igangsetter ett *byggeprogram* som skal kartlegge behovene, og de øvrige kravene og egenskapene byggherren ønsker for bygget, som f.eks byggets størrelse, beliggenhet og andre kvaliteter han ønsker bygget skal ha. Byggherren vil så i lys av de administrative forutsetningene utarbeide prosjektprogrammet. Dette programmet er av stor betydning i entrepriseretten der det er her byggherren bestem-

⁸ Barbo (1990) s. 24

mer hvilke egenskaper og funksjoner han krever på bygget. Et ufullstendig prosjektprogram vil føre til stor valgfrihet hos totalentreprenøren, som kan gjøre at de valgene totalentreprenøren gjør ikke tilfredsstillende byggherrens egentlige forventninger til prosjektet. Byggherren har derfor i denne fasen anledning til å innhente konsulenter for å sette klare rammer i samsvar med hans forventninger i forhold til tid, økonomi, egenskaper ved bygget osv.

Den andre fasen av byggeprosessen kalles prosjekteringsfase, og det er her hovedskillet mellom utførelsesentreprise og totalentreprise ligger. I denne fasen kommer totalentreprenøren inn og utarbeider det første skisseprosjektet av bygget i samråd med byggherren. Dette gir byggherren en mulighet til å påvirke de ideer totalentreprenøren har i sin visjon for bygget, slik at det passer til byggherrens forventninger og formål. Totalentreprenøren tar så på seg ansvaret for videre utforming av forprosjektet, som fastlegger hovedlinjene i byggeprosjektet. Etter dette vil totalentreprenøren starte hovedprosjektet som er hoveddelen av prosjekteringsforpliktelsen, som igjen vil følge av en detaljert utarbeidelse av prosjektet videre. Dette kalles detaljprosjekt. Det skal nevnes at dette ikke kan betegnes som en standard innen prosjektering, og i praksis vil ofte disse stadiene variere og gli mer eller mindre over i hverandre.

På dette tidspunktet er alt prosjektmateriale og budsjettet ferdig, og byggeprosessen og tidsplanen er utarbeidet i detalj. I praksis kan denne fasen ofte være delvis utført av byggherren før han innhenter totalentreprenøren. Byggherren kan selv ha prosjektert f.eks 60 % av bygget før han overlater den resterende prosjekteringen til totalentreprenøren. Et viktig punkt å nevne er at i de tilfeller der byggherren selv har stått for deler av prosjektering er det viktig at totalentreprenøren foretar en separat undersøkelse av byggherrens ytelser for at disse skal kunne innarbeides i den videre prosjektering og utførelse han selv vil stå for. Dette er spesielt viktig i de tilfeller der totalentreprenøren avtaler med byggherren at han skal ha risiko for prosjekteringen av prosjektet, selv om byggherren har utført deler av den selv. Denne undersøkelsen vil ikke falle inn under undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1, men regnes som en del av totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse.

Dette gjør det klart til den tredje fasen som omfatter det fysiske arbeidet med bygget, også kalt produksjonsfasen. I denne fasen pågår selve byggarbeidet og totalentreprenøren har her risikoen for at det arbeidet han utfører og skal overlevere oppfyller de formål og krav som følger av avtalen mellom partene.

Det siste som gjenstår da er overtagelsesfasen, der byggherren får overlevert ferdig produkt, og risikoen overføres fra totalentreprenøren til byggherren. Så fremt det ikke viser seg mangler ved bygget som kan tilbakeføres til totalentreprenørens utførelse.

Ved en nærmere gjennomgang av byggeprosessen får man en oversikt av hvordan funksjonsfordelingen i utgangspunktet er i totalentrepriseforhold.

2.2 Funksjonsfordelingens rolle mellom partene i et totalentrepriseforhold:

Det er i de tilfeller det oppstår svikt i byggeprosessen at funksjonsfordelingen gjør seg gjeldende i spørsmålet om hvem som skal bære risikoen for svikten. En svikt i byggeprosessen kan føre til fordyrelser, forsinkelser, ombygging eller at sluttproduktet ikke blir som ønsket. Typisk for de alle er at de fører til en negativ økonomisk belastning. Risikofordelingen regulerer hvem som skal bære den økonomiske belastningen.

Hovedregelen i norsk entrepriserett er at risikoen fordeles i henhold til kontraktens funksjonsfordeling⁹, og dette har lenge vært betegnet som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. Det ble fastsatt i rettspraksis så tidlig som i RT 1917 S. 673 at risikofordelingen følger kontraktens funksjonsfordeling, så lenge det ikke er avtalt annet eller det er klart og tydelig at det er en avvikende risikofordeling.

⁹ Hagstrøm, Entrepriserett utvalgte emner (1997) s. 16.

Sandvik uttdyper også i sin doktoravhandling at:

“Risikofordelingen skal rette seg etter funksjonsfordelingen, anser en i praksis som noe selvsagt, som er utslag av ‘alminnelig rettsgrunnsetninger.’”¹⁰

Alt byggherren bidrar med som totalentreprenøren må ta stilling til for videre prosjektering og utførelse, ligger innenfor byggherrens funksjonsområde. Dette omfatter alle de løsningene, prosjektering og materialer byggherren står for etter kontrakten. Hva som kan betegnes som byggherrens funksjonsområde må bero på en konkret tolkning av den inngåtte kontrakten mellom partene. NS 8407 har i sine bestemmelser tatt med et eget kapittel som skal regulere byggherrens ytelser, jf kap. 5, pkt 22 – 24. Utgangspunktet i norsk entrepriserett er at byggherren må bære risikoen for at alle de ytelser og andre forhold han medbringer skal fører til ønsket resultat.

Totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse følger av pkt 16.1, og pålegger ham å utføre all nødvendig prosjektering for å levere det kontrakten fastsetter som ønsket resultat. Prosjekteringsforpliktelsen skal derfor som utgangspunkt ligge under totalentreprenørens funksjonsfordeling etter avtalen. Alikevel er det, som påpekt ovenfor, i praksis vanlig at byggherren utfører en del av prosjekteringen selv før han innhenter tilbud fra totalentreprenøren. I de tilfeller dette foreligger er det mulighet å avtale en annen risikofordeling enn det som følger av pkt 16.1, i ordlyden: “er ikke annet avtalt...”. I disse tilfellene vil totalentreprenøren i utgangspunktet ha rett til å bygge videre uten at risikoen for tidligere prosjektering skal overføres til ham, men det er vanlig i tilfeller der funksjonsfordelingen fraviker fra hva standarden tradisjonelt oppsetter, at partene avtaler en risikooverføring, som f.eks etter pkt 24.2. Da blir totalentreprenørens forpliktelse å foreta en kontroll etter pkt 25.2. Da dette faller utenfor hva som er definert som denne avhandlingens hovedtema, vil det ikke nærmere bli gått inn på det her.

¹⁰ Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966) s. 243

2.3 Undersøkelsesplikten rolle i kontraktsforholdet:

For å hindre at byggherrens ytelser skal føre til negative konsekvenser, er det i NS 8407 pålagt totalentreprenøren som en del av produksjonsplanlegging å undersøke alle forhold byggherren har risikoen for, jf pkt 25.1.1.

Undersøkelsesplikten kan sies å modifisere hovedregelen om at risikoen følger den objektive funksjonsfordelingen i kontraktsforholden ved at den pålegger totalentreprenøren en aktiv plikt til å undersøke forhold som i utgangspunktet skal bero på byggherren, og en varslingsplikt knyttet til forholdene han burde eller måtte oppdage som et resultat av undersøkelsesplikten. Forsømmelse kan føre til at totalentreprenøren mister rettigheter han ellers ville hatt krav på, eller i ytterste fall bli holdt erstatningsansvarlig.

Det er undersøkelsesplikten omfang, og forventninger til dens grundighet som er hovedtemaet videre i avhandlingen.

3 Overordnet om undersøkelsesplikten:

3.1 Undersøkelsesplikten oppstandelse: Forholdet til obligasjonsretten

Undersøkelsesplikten regnes som et alminnelig obligasjonsrettlig fenomen som hadde sitt opphav så tidlig som i romerretten ved: “*caveat emptor*”, som på norsk er oversatt med: “kjøper skal se seg for”.

Den alminnelige obligasjonsrettslige undersøkelsesplikten går ut på at kjøperen kan eller skal undersøke kjøpsgjensstanden, enten før eller etter kontraktinngåelsen. Resultatet av å

forsømme undersøkelsesplikten kan føre til at de alminnelige mangelsregler ikke gjelder lenger.¹¹

Undersøkelsesplikten er som en del av den alminnelige obligasjonsretten blitt lovfestet, og eksempler på dette er kjøpslovens § 20 (1) og avhandlingslovas § 3-10 (første ledd). Felles for disse lovene er at det pålegger kjøperen, realkreditor, å undersøke kjøpsgjstanden for eventuelle mangler som vil gjøre at den ikke oppfyller det avtalen mellom partene forutsatte. Finner kjøperen mangler på gjstanden, eller burde ha gjort det, må kjøperen pårope seg disse ovenfor selgeren for at mangelsreglene skal gjelde.

I entrepriseretten skiller man mellom forbrukerentreprise og næringsentreprise. I forbrukerentreprise vil det være en profesjonell part og en forbruker som inngår en entrepriseavtale, mens det i næringentreprise er to profesjonelle parter. Forbrukerentreprise og næringsentreprise var i mange år omfattet av samme bakgrunnsrett, men etterhvert ble behovet for en egen lovgivning mellom forbrukere og næringsdrivere så stor at det ble vedtatt lovgivning på området ved bustadsoppføringslova og håndverkertjenesteloven. Hovedgrunnlaget for egen lovgivning på området er for å beskytte forbrukeren, som en ikke profesjonell utøver, i møte med den profesjonelle aktøren.

I tillegg til den alminnelige obligasjonsrettslige undersøkelsesplikten har det gjennom tidene utviklet seg en egen alminnelig entrepriserettslig undersøkelsesplikt. Denne skiller seg fra den alminnelige obligasjonsrettslige undersøkelsesplikten i den forstand at den skal regulere de forholdene som byggherren leverer entreprenøren i en tilvirkningskontrakt. En løs beskrivelse av hva en tilvirkningskontrakt er blir gitt av Simonsen¹²:

¹¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 331

¹² Simonsen (1998) s. 307

“Med tilvirkningskontrakt menes i alminnelighet avtaler hvor realdebitor... påtar seg å fremstille et nærmere bestemt produkt for realkreditor..., det være seg en løsøregjenstand (borerigg, maskin, skip, mv.) et bygg eller anlegg, eller et rent åndsprodukt (så som arkitekttegninger og dataprogrammer).”

Både i forbrukerentreprise og i næringsentreprise er undersøkelsesplikten et resultat av et alminnelig entrepriserettslig prinsipp og lojalitetsforholdet mellom partene. I forbrukerentreprise har undersøkelsesplikten stor likhet til den alminnelige undersøkelsesplikten man finner i obligasjonsretten, da begge disse omhandler undersøkelsesplikten til realkreditor som er kjøperen. At kjøperen foretar undersøkelse av gjenstanden han skal overta, vil kunne sies å være i kjøperens egen interesse. I næringsentreprise er undersøkelsesplikten bygget på at byggherren bidrar med ytelser som skal virke inn på sluttproduktet entreprenøren skal utføre, og reglene blir derfor et utslag av en samarbeidstanke, og lojalitetsplikten må derfor ofte strekkes utover det som er uttrykkelig kontraktfestet ¹³

3.2 Forholdet til de tidligere standardene:

3.2.1 Totalentreprisens utvikling:

I 1992 ble den første norske standarden for totalentreprise vedtatt, NS3431.

Før denne ble ofte standarden for utførelsesentreprise NS 3401 brukt utvidende til å gjelde for totalentreprise, med enkelte tilpasninger til de forskjellige prosjektene.¹⁴

Da denne standarden i utgangspunktet ble skrevet for tradisjonell utførelsesentreprise, og totalentreprise var en ekspanderende entreprisform, oppstod behovet for en egen standard som regulerte totalentreprise og utarbeidelsen av NS 3431 ble satt i gang. Spesielt viste

¹³ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011) s. 336

¹⁴ Barbo (1990) s. 10

behovet seg på områdene rundt prosjekteringsforpliktelsen og risikofordelingen, da dette som nevnt tidligere er prinsipielle forskjeller som skiller utførelsesentreprise fra totalentreprise. For å tilpasse totalentreprisekontraktene til NS 3401 ble det i mange kontrakter fremforhandlet individuelle kontraktsbestemmelser mellom byggherren og totalentreprenørens som skulle regulere disse områdene, men de prinsipielle forskjellene ble det ikke alltid tatt høyde for.

Etter at utarbeidelsen av NS 3431 var ferdig i 1992 økte bruken av totalentrepriseformen som et resultat av behovet for egen standard på området. I perioden etter vedtagelsen ble kontraktsformen mest brukt til prosjekter med standardisert bygg, som for eksempel garasjeanlegg eller lagerhaller. Siden da har praksis blitt at totalentrepriseformen også omfatter langt større og mer avanserte byggeprosjekter¹⁵, som for eksempel kjøpesentre, større vei-prosjekter o.l.

3.2.2 Historisk utvikling av undersøkelsesplikten:

Undersøkelsesplikten knyttet til ytelser byggherren har risikoen for blir idag regulert i NS 8407 pkt 25.1.1. Denne bestemmelsen er en videreføring av de tidligere bestemmelsene i standarden NS 3401 pkt 10.4 og 10.5, og standarden som etterfulgte den NS 3431 pkt 9.6 og 9.7 (og pkt 10.1 med visse endringer)

I NS 3401 stod ikke undersøkelsesplikten uttrykkelig skrevet, men kunne tolkes ut fra standardens pkt 10.4 og 10.5 (a og b). Disse lød slik:

”10.4. Finner entreprenøren at dokumentene levert av byggherren ikke gir tilstrekkelig veiledning eller viser uoverensstemmelser. Skal han straks forlange supplerende dokumen-

¹⁵ Hagstrøm, Entrepriserett utvalgte emner (1997) s. 85

ter eller byggherrens avgjørelse om hvilket dokumentert som skal følges. Avgjørelsen kan forlanges gitt skriftlig.

10.5. Byggherren har ansvar for og skal holde entreprenøren skadeløs for følgende av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som han har levert, med mindre entreprenøren

a) har oppdaget feilen eller uoverensstemmelsene uten å ha stillet krav etter pkt 10.4.

b) burde ha forstått at det dreiet seg om en utførelse som var uforsvarlig, eller ...”

Kort oppsummert fastslo bestemmelsene at byggherren selv skulle ha risikoen, og holde entreprenøren skadeløs for feil eller uoverensstemmelser som fremkom i dokumenter han hadde levert til entreprenøren, så fremt ikke entreprenøren hadde oppdaget eller burde ha oppdaget feil eller uoverenssremmelser uten å ha varslet byggherren om dem. Dette gjaldt også der entreprenøren burde ha forstått det var en uforsvarlig utførelse.¹⁶

Da NS 3431 kom som den første standardkontrakten for totalentreprise, videreførte den bestemmelsene fra NS 3401 pkt 10.5 (a og b) inn i standardens pkt 9.6 og 9.7. og pkt 10.1. Bestemmelsens pkt 9.6 og 9.7 tok for seg svakheter og uoverensstemmelser som fulgte av dokumenter som byggherren leverte etter kontraktinngåelse, mens pkt 10.1 gjaldt svakheter i materiale byggherren hadde levert eller bestemt. Disse lød slik:

”9.6.1. Totalentreprenøren skal undersøke de dokumenter som utarbeides av byggherren, og varsle dersom de ikke gir tilstrekkelig veiledning for utførelse eller inneholder uoverensstemmelser. Ved uoverensstemmelser mellom dokumenter kan han kreve byggherrens skriftlige avgjørelse av hvilket dokument som skal følges.

¹⁶ Giverhold m. fler, NS 8405 Kommentarutgave (2010) s. 289 og Giverholt m.fler, NS 8407 Kommentarutgave (2012) s. 373.

9.6.2

Totalentreprenøren skal vurdere om krav eller løsninger beskrevet i dokumenter fra byggherren vil få slik innvirkning på byggeprosessen for øvrig at de vil lede til krav fra ham om fristforlengelse og dekning av merutgifter. I så fall skal han varsle byggherren i overensstemmelser med 22.5 før utførelsen iverksettes.

9.7 Totalentreprenørens plikt til å undersøke kvaliteten på løsninger foreskrevet av byggherren

Totalentreprenøren skal i rimelig utstrekning vurdere om det er feil ved de dokumenter som leveres av byggherren, eller om løsningene av andre grunner vil føre til uheldige konsekvenser i form av nedsatt anvendelighet eller dyrere drift av det ferdige bygget eller anlegg. I hvilken grad totalentreprenøren har plikt til å vurdere slike forhold, skal avgjøres bl.a. under hensyn til om byggherren har hatt egne fagskyndige til å utarbeide eller vurdere dokumentene.

Dersom totalentreprenøren ikke varsler byggherren om klare feil eller klart uheldige konsekvenser av løsningene, anses utførelsen av løsningen som en mangel ved kontraksarbeidet.

10.1 Materialer som leveres av byggherren

Totalentreprenøren har intet ansvar for kvalitet eller anvendelighet av materialer som byggherren leverer, med mindre han unnlater å varsle om feil eller mangler ham med rimelighet burde ha oppdaget.

Totalentreprenøren har heller ikke ansvar for anvendeligheten av navngitte produkter som byggherren forlanger brukt, forutsatt at totalentreprenøren har oppfylt sine forpliktelser etter 9.7.”

Punkt 9.6.1 påla totalentreprenøren å varsle byggherren om han fant at de dokumentene som var levert av byggherren etter kontraktinngåelse ikke veiledet ham tilstrekkelig eller

inneholdt uoverensstemmelser. Punkt 9.6.2 påla totalentreprenøren å vurdere om krav og løsninger som fulgte av dokumentene byggherren leverte, kunne føre til at totalentreprenøren hadde krav på fristforlengelse eller tilleggsvederlag. Varslingsplikten ble utløst i de tilfeller der totalentreprenøren fikk en positiv kunnskap om forholdene. I motsetning til den tidligere standarden ble rettsvirkningene av forsømt undersøkelsesplikt og brudd på varslingsplikten nå spesifisert til at totalentreprenøren kunne tape rettighetene som fulgte av bestemmelsens pkt 9.6.3: *“Fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning”*.

Pkt 9.7 videreutviklet en plikt for totalentreprenøren til å undersøke om det forelå feil ved kontraktsgjenstand, som gjorde at den ferdige kontraktsgjenstanden ikke oppfylte de krav byggherren stilte. Denne bestemmelsen ble videreført i NS 8407 pkt 25.2.

NS 3431 pkt 10.1 gjaldt byggherrens leveranse av materialer. Det fremgikk av bestemmelsen at om byggherren leverte materiale som skulle brukes av entreprenøren, hadde byggherren risikoen for dem. Hva som var konsekvensene av materialfeil eller unnlatt varslingsplikt, ga ikke ordlyder noen holdepunkter for, men det må antas at entreprenøren fikk rett til fristforlengelse, vederlag eller erstatning i tilfeller totalentreprenøren måtte anskaffe andre materialer.

NS 3431 ble avløst av NS 8407 i 2011, og de fleste totalentreprisekontrakter følger nå denne kontrakten. NS 8407 inneholder flere ulike undersøkelses- og varslingsplikter, men det er undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 som er hovedtemaet for denne avhandlingen. I de tilfeller plikten etter pkt 25.1.1 berører pliktene som følger av andre bestemmelser i kontrakten vil det i en viss utstrekning bli begrunnet.

Den nye standarden videreførte både strukturelle og materielle endringer fra den tidligere standarden.

Strukturelt har bestemmelsen samlet alle ytelser byggherren har risikoen for i ett eget kapittel, kapittel 5, pkt 22-24, som avsluttes med totalentreprenørens undersøkelse- og varslingsplikt i pkt 25.

Materielt ble den største endringen fra den tidligere standarden at rettsvirkningene av unnlatt varslingsplikt nå kunne føre til erstatningsansvar for totalentreprenøren ovenfor byggherren. Dette kan sees på som ett unntak fra hovedregelen om at risikoen følger funksjonsfordelingen. Erstatningsansvaret følger direkte av ordlyden i pkt 25.1.2 annet ledd. Den andre materielle endringen er selve vilkåret for utløsningen av varslingsplikten. I NS 3431 var det kun nødvendig med en positiv kunnskap om forholdene. Varslingsplikten var deskriptiv i forhold til hva totalentreprenøren har oppdaget, har varslingsplikten i NS 8407 blitt normativ. Totalentreprenøren kan nå holdes ansvarlig for hva som burde vært oppdaget, altså før totalentreprenøren får faktiske kunnskaper om forholdene det skal varsles om. Hva som inngår i denne vurderingen beror på hva som kan forventes av totalentreprenørens undersøkelsesplikt.

3.3 Forholdet mellom undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 og varslingsplikten i pkt 25.1.2:

Undersøkelses- og varslingsplikten som følger av pkt 25.1 er i utgangspunktet to forskjellige plikter, men har nær sammenheng med hverandre, i den forstand at den ene må foreligge for å utløse virkningene av den andre.

Sandvik påpeker i sin doktorgrad, med referanse til Arnholm, at undersøkelsesplikten er en såkalt “uekte” eller “uegentlig” plikt. Med dette mener han:

“Det er også naturlig å behandle disse plikter som et ledd i en undersøkelse av den betydning partenenes subjektive forhold får for risikofordelingen. Det er nemlig kun den subjektive

klanderverdige tilsidesettelsen av <<plikten>> som her trekker rettsvirkninger etter seg”¹⁷

Utgangspunktet er at forsømmelse av undersøkelsesplikten i seg selv ikke utløser noen sanksjoner, men den må foreligge som et ledd i vurderingen av om totalentreprenøren har forsømt varslingsplikten på en måte som kan utløse rettsvirkninger. Undersøkelsesplikten får dermed betydning. Det er omfanget og grundigheten av undersøkelsesplikten som i neste omgang må vurderes om foreligger i vurderingen om totalentreprenøren har brutt varslingsplikten. Det er disse kravene som er hovedproblemstillingen i avhandlingen.

Varslingsplikten er den plikten som må ha blitt brutt for at det kan bli rettsvirkninger for totalentreprenøren. I situasjoner der det ikke foreligger noen svakheter ved bygget kan totalentreprenøren forsømme undersøkelsesplikten i høy grad uten at det vil få noen rettsvirkninger. Rettsvirkningene kommer som en følge av at det fremkommer svakheter på bygget som totalentreprenøren burde eller måtte oppdaget som følge av undersøkelsesplikten, og ikke varslet byggherren om dem, jf pkt 25.1.2 første ledd: “... når han blir eller burde blitt oppmerksom på at det forelå forhold som nevnt i pkt 25.1.1”.

3.4 Ansvarsgrunnlaget i pkt 25.1.2:

3.4.1 Forpliktelsens gjenstand: Realforpliktelse

Entreprisekontrakter regnes i obligasjonsretten for å være en realforpliktelse. Realforpliktelser går ut på å levere en ting eller ytelse, som i totalentrepriseforhold består av prosjektering og utførelse av bygning.¹⁸ Det skilles i realforpliktelser mellom hoved- og biforpliktelser. Ved inngåelse av en totalentreprisekontrakt etter NS 8407 vil byggherren ofte velge

¹⁷ Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966) s. 297, med referanse til Arnholm Privatrett 1 (1964) s. 79

¹⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 111

totalentreprenøren gjennom en prosess som involverer et tilbuds- eller konkurransegrunnlag. Ved avtaleinngåelse vil byggherren og totalentreprenøren ha kommet til en enighet om hvilket vederlag totalentreprenøren skal få for prosjektere videre og ferdigstille bygget innen en viss periode. Dette regnes som totalentreprenørens hovedforpliktelse ovenfor byggherren. Ytelser som totalentreprenøren påtar seg utenom prosjekteringen og utførelsen, regnes ofte som biforpliktelser. I totalentreprisen regnes både undersøkelses- og varslingsplikten som en slik biforpliktelse.

Mislighold av biforpliktelser vil normalt i obligasjonsretten kunne føre til erstatningsansvar.¹⁹ Dette følger også av reglene i pkt 25.1.2 annet ledd, hvor brudd på varslingsplikten kan føre til at totalentreprenøren kan holdes erstatningsansvarlig for at han *“blir eller burde ha blitt oppmerksom på at det forelå forhold som nevnt. 25.1.1”*.

3.4.2 Erstatningsansvaret:

Det følger direkte av ordlyden i pkt 25.1.2 at brudd på varslingsplikten kan føre til erstatningsansvar.

Da en totalentreprisen er et kontraktsforhold vil erstatningsansvaret ved mislighold skille seg fra det alminnelige “delikt” erstatningsansvaret. Likheten mellom dem er at det må foreligge et ansvarsgrunnlag, være adekvat årsaksammenheng og at følgene av misligholdet må føre til økonomisk tap. Elementene som utløser erstatningsansvaret er derimot forskjellige. Det avgrenses mot rettsvirkningene av for sen eller utelatt varsling i avhandlingen, og erstatningsansvaret eller erstatningsutmålingen vil ikke bli drøftet noe nærmere. Det vil derimot videre tas stilling til ansvarsgrunnlaget, da den kan gi holdepunkter i vurderingen om hvor grundig totalentreprenøren må undersøke.

¹⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 114

3.4.3 Ansvarsgrunnlagets betydning:

Selv om det ikke fremkommer av ordlyden, må det inntolkes at totalentreprenørens undersøkelse må utføres på en forsvarlig måte. Ved å innføre ordlyden <<burde blitt oppmerksom på>> i pkt 25.1.2 gis det en anvisning av at det må foretas en aktsomhetsvurdering. Problemstillingen blir hva som skal til før en må konkludere med at totalentreprenøren <<burde blitt oppmerksom på>> et forhold, altså et forhold han ikke har faktisk positiv kunnskap om? Om totalentreprenøren er uvitende om forhold han <<burde blitt oppmerksom på>> vil dette være uaktsomt fra hans side. Dette fører til at det kreves uaktsomhet for å utløse erstatningsplikten.

I utførelsesentreprise er ikke erstatningsansvaret tolket like strengt. I NS 8405 utløses varslingsplikt kun for forhold man faktisk har positiv kunnskap om. Det betyr at man kun kan holdes ansvarlig for unnlatt varslingsplikt av forhold man faktisk har oppdaget. Bakgrunnen for dette ligger i funksjonsfordelingen, at det i totalentrepriseforhold er totalentreprenøren som har hovedansvaret for endelig resultat basert på egen prosjektering og utførelse. Kort oppsummert betyr det at brudd på varslingsplikten kan utløse erstatningsansvar, men kun i de tilfeller totalentreprenøren kan bebreides for å ha unnlatt å varsle om forhold han burde eller måtte kjenne til. Det blir derfor i realiteten en culpavurdering, på om det foreligger kontraktsbrudd og om totalentreprenøren kan bebreides.

I aktsomhetsvurderingen blir undersøkelsesplikten brukt som et moment i vurderingen av om totalentreprenøren har handlet “klanderverdig” ved ikke å varsle i tilfeller der han burde varslet. For å fastlegge når totalentreprenørens varslingsplikt utløses vil det være avgjørende å analysere innholdet i totalentreprenørens undersøkelsesplikt etter pkt 25.1.1. Undersøkelsesplikten vil fungere som det “anerkjente handlingsmønster” eller den “objektive handlenorm” som inngår som et ledd i culpa- vurderingen.²⁰ Hva det “anerkjente handlingsmønsteret” er kan variere fra hvilken yrkesgruppe vurderingen skal tas ut fra, men i entre-

²⁰ Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966) s. 297

priseretten vil det det være de forhold som en entreprenør i alminnelighet burde ha oppdaget, som er sentrale.²¹

4 Begrunnelsen for undersøkelsesplikten:

4.1 Undersøkelsespliktens formål:

Det fremgår av ordlyden i pkt 25.1.1 at:

“Undersøkelsen skal ha som mål å avdekke forhold som vil kunne forstyrre totalentreprenøren gjennomføring av arbeidet under kontrakten...”

Formålet med bestemmelsen er at den skal pålegge totalentreprenøren en aktiv plikt til å undersøke om forhold byggherren har risikoen for, vil kunne virke forstyrrende på hans egen utføring av kontraktsarbeidet. At gjennomføringen forstyrres fører normalt til negative konsekvenser, som f. eks at fremdriften hindres eller at prosjektet blir mer kostnadskreven-
de.

4.2 Den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforholdet:

Den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold er et generelt overordnet prinsipp om at partene i en avtale skal forholde seg lojale mot hverandre og i den grad det er mulig, ikke undergrave den andres parts interesser i kontrakten. Dette skal følge av den tillit de har vist hverandre ved å inngå en avtale. Den alminnelige lojalitetsplikten er et ulovfestet prinsipp, men den har kommet til uttrykk i flere lover for å minne partene på at de skal oppføre seg lojalt og ta hensyn til hverandres interesser. Et eksempel kan være innen forbrukerentrepri-
se i håndverktjenestelovens § 7 (2), som sier at:

²¹ Se nærmere redegjørelse i avsnitt 5.3.2.3

”Dersom tjenesteyteren under utføringen får grunn til å anta at prisen vil bli betydelig høyere enn forbrukeren måtte vente, eller grunn til å tvile på om forbrukeren fortsatt har interesse av å få tjenesten utført som forutsatt, skal tjenesteyteren kontakte forbrukeren. Er forbrukeren ikke å treffe eller mottar tjenesteyteren av andre grunner ikke beskjed, skal tjenesteyteren stanse arbeidet dersom dette må antas å være i forbrukerens interesse”

Den alminnelige lojalitetsplikten regulerer de fleste forhold som omhandler partenens evne til å samarbeide, og derfor regnes også byggherrens opplysningsplikt og totalentreprenørens veiledningsplikt å følge av lojalitetsplikten i kontraktsforholdet. I teorien omfatter prinsippet at partene i en avtale skal ta rimelig og tilbørlig hensyn til den annens parts interesser i kontrakten.

Som nevnt tidligere i avhandlingen, regnes undersøkelses- og varslingsplikten som en biforpliktelse i totalentreprisekontrakter. Hagstrøm, henviser til uttalelsen i Høyesterettsdom, RT 1988 s. 1078, for en samlet, enkel karakteristikkk av et generelt aktsomhetskrav som er av biforpliktelser²²:

*“Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består.”*²³

Biforpliktelser kjennetegnes ofte ved at de etter sitt innhold særlig skal ta rimelig hensyn til den annen part og dens interesser, og regnes derfor som et utslag av det alminnelige lojalitetskravet i kontraktsforholdet.²⁴

²² Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 112

²³ Rt 1988 s. 1078, s. 1084

²⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 113

Det at totalentreprenøren skal ta hensyn til byggherrens formål etter standardens pkt 14.3 er også et eksempel på at standarden tar høyde for å ivareta den annen parts interesser.

Det alminnelige entrepriserettslige lojalitetsprinsippet blir spesifisert i standardens pkt. 3, som en påminnelse av partenes ansvar ovenfor hverandre. Blir totalentreprenøren for eksempel oppmerksom på at veggpanelet byggherren har levert ikke vil fungere i den videre prosjekteringen av arbeidet, kan han ikke holde seg passiv til dette, men har en plikt til å varsle byggherren, jf pkt 25.1.2. Det ville vært brudd på lojalitetsplikten og ikke gjøre byggherren oppmerksom på dette da det kan føre til negative konsekvenser for byggherren som f. eks unødvendige merkostnader eller eventuelle forsinkelser.

Det at den entrepriserettslige undersøkelsesplikten er et utslag av den alminnelige lojalitetsplikten man finner i kontraktsforhold vil etter pkt 25.1.1 og 25.1.2 allikevel ikke i seg selv kunne føre til at erstatningsansvaret ville utløses av forsømmelse av undersøkelsesplikten. Det er brudd på varslingsplikten som kan utløse erstatningsansvar ovenfor byggherren.²⁵ Men ved at en har de aktuelle bestemmelsene i pkt 25, der det foretas en vurdering av som fremgår her, og ikke bare den alminnelige lojalitetsplikt mellom partene i avtalen.

4.3 Andre relevante hensyn bak bestemmelsen:

4.3.1 Fremdriftshindringer:

Et av hensynene bak undersøkelsesplikten er å sikre at gjennomføring av arbeidet skal skje uten hindringer. At fremdriften hindres kan føre til at totalentreprenøren har krav på fristforlengelse eller at det oppstår situasjoner som kan være fordyrende for byggherren. Et eksempel kan være der det finnes svakhet i betongmassen byggherren selv leverte ved oppføring av boligen, som førte til at fukt trengte inn i armeringsjernene med korrosjonsdannelse som følge. Ved en undersøkelse av betongmassen skal totalentreprenøren se om den

²⁵ Hagstrøm, Entrepriserett utvalgte emner (1997) s 88

er tilstrekkelig for videre prosjektering og eventuelt å avdekke skader den kan ha. Om totalentreprenøren forsømte sin undersøkelsesplikt og det ikke kom frem før senere at betongmassen ikke var tilstrekkelig for den videre konstruksjonen vil dette kunne føre til både forsinkelser og utbedringskostnader. Jo tidligere en svakhet blir varslet til byggherren, desto mindre vil konsekvensene av den svakheten som oftest være. Undersøkelsesplikten vil kunne sies å fungere som et forebyggende tiltak for å avverge fremdriftshindringer i prosjektet.

4.3.2 *Merkostnader:*

Konsekvensene av forsømt undersøkelses- og varslingsplikt vil kunne føre til at arbeidet med bygget blir mer kostnadskrevende. Hva som menes med at bygget blir mer kostnadskrevende vil typisk være forhold som medfører behov for omprosjektering, ombygning, endret arbeidsopplegg, behov for annet utstyr eller andre materialer.

Utgangspunktet må være at undersøkelsen skal prøve å avdekke de store svakhetene som ville kunne føre til negative økonomiske konsekvenser, men det betyr ikke at undersøkelsesplikten skal avdekke alle svakheter i forhold som byggherren har risikoen for. Om totalentreprenøren skulle hatt som mål å avdekke alle svakheter, inkludert de svakhetene som ikke er så kostnadsbærende, vil kravene til undersøkelsespliktens grundighet bli strengere. Konsekvensene av at undersøkelsen måtte være grundigere er at undersøkelsen ville tatt lenger tid og derfor i seg selv blitt mer kostnadskrevende, må det og foretas en avveining av hensynene.

4.3.3 *Kvalitetssvikt ved det ferdige resultatet:*

En konsekvens av forsømt undersøkelsesplikt kan være at byggherrens funksjons- og formålskrav for bygget ikke blir tilfredstilt. Kvalitetssvikt ved det ferdige resultatet vil innebære at bygget ikke kan benyttes utfra det som var formålet med bygget, eller at kvaliteten på bygget ikke tilfredsstiller de kravene som byggherren har. Om f. eks totalentreprenøren

skal bygge et sykehus med strenge krav til ventilasjon, vil sykehuset ha en kvalitetsvikt om ikke pasienter med lungesykdommer kan behandles der fordi ventilasjonen er for dårlig. Undersøkelsen som skal fortas for å avdekke svakheter i byggets kvalitet målt opp mot byggherrens formål med bygget, faller imidlertid ikke inn under undersøkelsesplikten som følger av 25.1, men derimot 25.2. jf 14.3. Dette faller derfor utenfor det som er hovedtemaet videre i avhandlingen.

4.3.4 Samfunnsøkonomiske hensyn:

I bygge- og entrepriserett er fokuset på samfunnsøkonomiske hensyn noe begge partene må ta stilling til. Disse hensynene følger gjerne av offentlig regulering og setter rammene for byggeprosessen. Men også alminnelig samfunnshensyn må ivaretas. Mest vanlig gjelder de samfunnsøkonomiske hensynene forsvarlig ressursutnyttelse, fokus på verdier, og miljøpåvirkning. Hensynet bak undersøkelsesplikten er å avdekke de forhold som kan virke negativt inn på samfunnet enten ved utnyttelse eller økonomisk. Det følger ikke direkte av ordlyden i bestemmelsen, men det kan inntolkes at totalentreprenøren har ett visst generelt ansvar for en forsvarlig gjennomføring av arbeidet slik at det er i tråd med samfunnspolitiske og samfunnsøkonomiske hensyn. Også dette må kunne sees som en del av hensynene bak pkt 25.1.

4.4 Oppsummering

I vurderingen av undersøkelsesplikten omfang og grundighet vil disse hensyns- og formålsbetraktningene kunne spille inn på både generell tolkning og konkret anvendelse av pkt 25.1, der ordlyden ikke gir klare svar, og der mangelen på andre relevante rettskilder gjør seg gjeldende. der ordlyden ikke gir klare svar, og der mangelen på andre relevante rettskilder gjør seg gjeldende

5 Totalentreprenørens gjennomgang av byggherrens ytelser og andre forhold han har risikoen for, undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1

5.1 Innledning:

Reglene om totalentreprenørens undersøkelse- og varslingsplikt i NS 8407 pkt 25.1 kan som nevnt tidligere sies å modifisere utgangspunktet i entrepriseretten, om at risikoen skal følge funksjonsfordelingen i kontrakten. Overføring av risiko i denne forstand skjer som en følge av forsømmelse av undersøkelses og varslingsplikten med det resultat at totalentreprenøren holdes ansvarlig for forhold som ellers ville vært byggherrens risiko. Om totalentreprenøren er klar over at det er feil i noen materialer byggherren har levert, kan ikke totalentreprenøren innta en passiv holdning til dette og gjøre bruk av materialene, men må varsle om forholdet.

Erstatningsansvaret følger av om totalentreprenøren ikke varsler byggherren om svakheter han blir eller burde blitt oppmerksom på, jf pkt 25.1.2. Ordlyden “*burde ha blitt oppmerksom på*” angir at det må foretas en aktsomhetsvurdering, der undersøkelsesplikten vil bli brukt som et ledd i culpa-vurderingen om totalentreprenøren handlet utfra “*det anerkjente handlingsmønsteret*” eller “*den objektive handlenorm*”²⁶.

Om totalentreprenøren har overholdt undersøkelsesplikten og ikke oppdaget noen forhold, vil det være mye som skal til for at vilkåret i varslingsplikten <<burde blitt oppmerksom på>> foreligger om det blir oppdaget feil ved senere anledning. Det er i de tilfeller der totalentreprenøren forsømmer sin undersøkelsesplikt og ikke varsler om svakheter, det kan bli utløst erstatningsansvar. Problemstillingen da vil være om totalentreprenøren ville ha avdekket svakheten om han hadde overholdt undersøkelsesplikten? Om svaret er ja, vil totalentreprenøren bli holdt ansvarlig for den negative følge som riktig undersøkelse og varslingsplikt ville ledet til at en hadde unngått.

²⁶ Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966) s 297.

Avhandlingen videre vil ta for seg de kravene som stilles til totalentreprenørens aktive undersøkelsesplikt, som et ledd i vurderingen av om totalentreprenøren kan bli holdt erstatningsansvarlig for forhold han <<blir eller burde ha blitt oppmerksom>> på, jf pkt 25.1.2.

5.2 Undersøkelsespliktens omfang etter pkt 25.1.1:

For å gi en nærmere forklaring på undersøkelsespliktens omfang, vil det naturlige sted å starte også her være å ta utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen.

Det heter innledningsvis i pkt 25.1.1 første ledd at:

“Totalentreprenøren skal som en del i sin produksjonsplanlegging undersøke byggherrens ytelser og andre forhold byggherren har risikoen for”

Hva som ligger i <<byggherrens ytelser og andre forhold han har risikoen for>>, må bero på en tolkning av den konkrete kontrakten mellom partene, men som nevnt tidligere er utgangspunkt at risikofordelingen følger funksjonsfordelingen.²⁷ Den normale funksjonsfordeling kan selvsagt endres ved den konkrete kontrakten, men i mangel av avtalte holdpunkter for slik endring, vil en falle tilbake på det som er normal funksjonsfordeling for den aktuelle type kontrakt, det vil her si i en totalentreprisekontrakt.

Det følger av ordlyden i bestemmelsen at undersøkelsesplikten omfatter alle ytelser byggherren har risikoen for, uten at det skilles mellom ytelser som var levert som en del av tilbud- eller konkurransegrunnlaget eller om det er utarbeidet av byggherren først etter kontraktsinngåelsen.

Byggherrens ytelser som er en del av tilbud- eller konkurransegrunnlaget vil totalentreprenøren uansett måtte undersøke for å se om ytelsene er tilstrekkelige for sin egen prosjek-

²⁷ Hagstrøm, entrepriserett utvalgte emner(1997) s. 16, jf RT 1917 s 673)

tering og gjennomføring. Totalentreprenørens undersøkelsesplikt etter pkt 25.1.1 skal utføres som en del av hans produksjonsplanlegging.²⁸

Videre følger det av den innledende del av ordlyden i pkt 25.1.1 annet ledd, at undersøkelsesplikten:

“... har som mål å avdekke forhold som vil kunne forstyrre totalentreprenørens gjennomføring av arbeid under kontrakten, ...”

Totalentreprenøren skal ha som mål å avdekke de forholdene som vil kunne virke forstyrrende for totalentreprenørens eget arbeid på prosjektet. Det følger av juridisk litteratur som tradisjonelt utgangspunkt at han ikke har noen selvstendig plikt til å etterprøve prosjektet og hans utførelse utover det som er nødvendig for hans eget arbeid.²⁹ Utgangspunktet er at totalentreprenøren ikke skal undersøke om byggherrens ytelser vil kunne virke forstyrrende for andre som arbeider på det samme prosjektet, som f. eks sideentreprenører eller andre kontraktshjelpere, jf pkt 1.7 og 1.5. Men siden fremdriftshindringer i sideentreprenørers arbeid vil kunne påvirke totalentreprenørens arbeid, fører det til at totalentreprenøren indirekte også kan ha en undersøkelsesplikt for det som mer direkte gjelder andres forhold. (I tillegg gjelder en mulig utvidet plikt etter pkt 25.2, jf 14.3, som jeg som nevnt ovenfor holder utenfor her.)

Det totalentreprenøren særlig skal legge vekt på i undersøkelsen, er listet opp i 25.1.1 a)-d). Ordlyden her må forstås som i hvert fall å sikte til det standarden selv omhandler i sitt kapittel V, "Byggherrens ytelser". Dette gjelder byggherrens medvirkning som angitt i bestemmelsene i pkt 22, pkt 23 og pkt 24.

²⁸ Se nærmere redegjøring av produksjonsplanlegging i avsnitt 2.1 i avhandlingen.

²⁹ Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966), s.300

5.2.1 Forhold totalentreprenøren særlig skal legge vekt på etter pkt 25.1.1 annet ledd:

Selv om de omstendighetene som er angitt i 25.1.1 a)-d) kan virke altomfattende innenfor det byggherren har risikoen for i prosjektet, skal ikke totalentreprenøren sette dette som en ytre grense for undersøkelsesplikten. Men det følger av ordlyden i bestemmelsen at dette er noe totalentreprenøren skal legge særlig vekt på å undersøke, og de vil derfor bli nærmere gjennomgått i det følgende. Flere av bestemmelsene som regulerer byggherrens medvirkning har for øvrig egne formuleringer som mer eller mindre direkte tilsier en undersøkelsesplikt for totalentreprenøren. I fortsettelsen vil det derfor også bli sagt noe om sammenhengen mellom de undersøkelsespliktene som kan følge av de enkelte bestemmelsene og undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1. Men det er her nødvendig å minne om formålet med undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 som er å avdekke forhold som kan hindre fremdriften, fører til unødvendige merkostnader eller forsinkelser av prosjektet. Eventuelle undersøkelsesplikter som følger av eller kan utledes av andre bestemmelser, som har et annet formål, avgrenses det derfor mot.

5.2.1.1 "a) om løsninger eller annen prosjektering byggherren har risikoen for er ufullstendige, inneholder uoverensstemmelser eller andre svakheter"

Totalentreprenøren må undersøke om de løsninger og annen prosjektering byggherren har risikoen for i byggeprosessen er *“ufullstendig, inneholder uoverensstemmelser eller andre svakheter”* jf pkt 25.1.1 a).

For å finne omfanget av undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 a), er det viktig å se den i lys av standardens pkt 24.1, da de begge har samme ordlyd og omhandler byggherrens valg av løsninger og annen prosjektering. Pkt 24.1 er et uttrykk for det viktige prinsippet i entrepriseretten om at risikoen følger funksjonsfordelingen i kontrakten.

Byggherrens valg av løsninger eller annen prosjektering fremgår av kontraktsdokumentene som er utarbeidet av ham, eller som han etter kontraktinngåelse pålegger totalentreprenøren

å følge, jf pkt 24.1. Utgangspunkt for undersøkelsesplikten er at byggherren har utført egen prosjektering eller pålagt totalentreprenøren å følge en bestemt løsning han ønsker.

Undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 a) pålegger totalentreprenøren å undersøke om byggherrens løsninger og annen prosjektering er “*ufullstendige, inneholder uoverensstemmelser eller andre svakheter.*” En betegnelse av at noe er «ufullstendig» vil i denne sammenheng en bety at det ikke inneholder alle de nødvendige komponentene som skal til for at arbeidet kan gjennomføres. Om noe er <<i uoverensstemmelse med eller har andre svakheter>> sikter til tilfeller der byggherrens løsninger eller annen prosjektering ikke vil være kombinert med prosjektering eller andre løsninger som sier noe om fremgangsmåte eller resultat for totalentreprenørens leveranse.

Byggherren har risikoen for den prosjekteringen han eller andre han svarer for bidrar med som grunnlag for totalentreprenørens videre arbeid, for eksempel i det tilbudsgrunnlaget som blir del av kontraktsdokumentene.³⁰ Selv om det er i utgangspunktet er totalentreprenøren som skal stå for prosjekteringen i en totalentreprisekontrakt, er det som nevnt ovenfor i avsnitt 2.2 ikke uvanlig at byggherren utfører deler av prosjekteringen selv og lar dette inngå i kontraktsdokumentene. Disse kontraktsdokumentene gir rammen og grunnlaget for totalentreprenørens egen prosjektering og videre arbeid, men det vil allikevel være byggherrens risiko, vel å merke så langt ikke annet er avtalt, jf pkt 24.2. Denne forutsetningen følger direkte av totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse, jf pkt 16.1, og innebærer at totalentreprenøren må undersøke om byggherrens løsninger eller prosjektering er tilstrekkelig for hans videre prosjektering. Det kan derfor sies at totalentreprenøren har en særlig stor mulighet til å avdekke mangler i byggherrens prosjektering, da totalentreprenøren både må ta stilling til den i sin egen prosjektering og som en del av sin produksjonsplanlegging, jf pkt 25.1.1.

³⁰ Giverholt m. fler, NS8407 kommentarutgave, s. 378.

Tilsvarende problemstilling kan oppstå i pkt 13 om tiltransport. Med tiltransport menes det i de tilfeller byggherren har brukt andre prosjekterende som f. eks arkitekt og ingeniører, og gjerne vil ha med seg deres arbeid videre i prosjekteringen som totalentreprenøren skal utføre. Dette kan være for å sikre hans idé og utforming av prosjektet. Om byggherren vil ha med seg deres arbeid og medvirkning videre i prosjektet vil han ofte ønske en tiltransport av de andre prosjekterendes kontrakter over til totalentreprenøren, slik at totalentreprenøren fortsetter og benytter seg av disse videre i sin prosjektering og utførelse.³¹ Denne bestemmelsen reiser samme problemstilling som byggherrens prosjektering og risikoen for den før tiltransport. I likhet med pkt 24.1 vil heller ikke pkt 13 overføre risikoen til totalentreprenøren for prosjektering utført før tiltransporten. Når det avtales tiltransport opprettes det et nytt avtaleforhold mellom de som har utført den tidligere prosjekteringen og totalentreprenøren. Totalentreprenøren vil derfor herfra og utover bære risikoen for videre prosjektering m.v. fra de tiltransporterte.

Prosjektering utført før tiltransport er derimot fortsatt byggherrens risiko, med mindre annet avtales, jf pkt 13.2.2 tredje, jf femte ledd. Bestemmelsen i pkt 24.1 fastslår den samme hovedregelen om at byggherren bærer risikoen for løsninger og annen prosjektering han eller andre utfører, så fremt ikke annen risikoovergang blir avtalt etter pkt 24.2, som pkt 13.2.2 femte ledd også viser til.

Byggherrens valg av løsninger er også spesielt angitt i 25.1.1 a) som noe totalentreprenøren "særlig" skal legge vekt på ved sin undersøkelse. Det fremkommer klart av pkt 24.1 at byggherrens har risikoen for valg av løsninger han pålegger totalentreprenøren både før og etter kontraktsinngåelse.

Et eksempel kan være en tvist i Oslo Tingrett 22. september 2008, TOSLO 2007-110178, som omhandler bruken av en bestemt type innebygde markiser. Kort fortalt omhandlet tvisten om det var byggherren eller totalentreprenøren som skulle bære risikoen for at en inne-

³¹ For mer detaljert forklaring av tiltransport, se Giverholt m. fler s. 205 flg.

bygd persienne-løsningen ikke passet videre prosjektering. Retten fulgte her ordlyden i den spesifikke avtalen mellom partene, og kom frem til byggherren skulle bære ansvaret, da det var han som hadde pålagt totalentreprenøren å gjøre bruk av den bestemte løsningen.

I praksis er det ofte vanlig at byggherren pålegger totalentreprenøren å følge forskjellige løsninger i en byggeprosess, men det er totalentreprenøren som skal foreta selve prosjekteringen av løsningen, og har derfor en undersøkelsesplikt for å se om de er ufullstendige, inneholder uoverensstemmelser eller andre svakheter, jf pkt 25.1.1 a).

Det må også skilles mellom løsninger byggherren mener er endelige og det man skal ta som et utgangspunkt for videre fremstilling.³² Er løsningen bare et utgangspunkt vil det være rom for å forandre etter byggeprosessens behov som ledd i totalentreprenørens videre prosjektering, mens i tilfeller der byggherren har bestemt noe som en endelig løsning, vil den kunne være et hinder for totalentreprenørens innsats for å nå ønskelig totalresultat. Da må det foretas en avveining av hvilke løsninger som kan og bør endres på for å oppnå ønsket resultat. Dette ble illustrert i dommen fra Oslo Tingrett ovenfor

I pkt 24.1 annet ledd refereres det til undersøkelses- og varslingsplikten i pkt 25. Hvem som skal bære risikoen for en svikt i byggeprosessen er det ofte store uenigheter om. Det at bestemmelsen uttrykkelig nevner at den omfatter undersøkelses- og varslingsplikten som følger av pkt 25, er en påminnelse til partene om at det er viktig med klarhet i avtalen dersom byggherren har løsninger og annen prosjektering han vil at totalentreprenøren skal følge, og som i så fall går inn under totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt. Det betyr videre at om totalentreprenøren har oppfylt sin undersøkelses- og varslingsplikt, vil ikke totalentreprenøren bære risikoen for byggherrens løsninger eller annen prosjektering.

³² Giverholt m. fler, NS 8407 kommentarutgave (2012) s. 378

Oslo Tingretts dom³³ er her et godt eksempel. I saken hadde totalentreprenøren advart byggherren mot valg av den løsningen byggherren påla totalentreprenøren å følge. Dette betyr at totalentreprenøren hadde oppfylt sin varslingsplikt ovenfor byggherren, og byggherren kunne derfor ikke kreve at totalentreprenøren skulle ha noe ansvar for skaden som oppstod. I denne dommen var det den gamle standarden for totalentreprise, NS 3431, som regulerte forholdet, men dommen er egnet som eksempel også i forhold til de nye bestemmelsene i NS 8407.

Det skal tilslutt gjentas at det i totalentrepriseforhold kan avtales særlige bestemmelser om risikooverføring. Det ble derfor tatt med i standardens i pkt 24.2 en unntaksbestemmelse fra hovenregelen i pkt 24.1 om at risikoen skal følge funksjonsfordelingen. Det angis her at det vil kunne avtales at byggherrens risiko på forskjellige måter kan overføres til totalentreprenøren. Denne bestemmelsen pålegger totalentreprenøren en egen undersøkelses- og kontrollplikt i pkt 24.2.2. I disse tilfellene er imidlertid det avtalemessige utgangspunkt blitt snudd i forhold til det som gjelder som forutsetning for undersøkelsesplikten etter 25.1. Dette er dermed en annen situasjon enn temaet for denne avhandlingen, og jeg går derfor ikke nærmere inn på regelen i pkt 24.2.2.

5.2.1.2 "b) om det er nødvendig med grunnundersøkelser, eller om de foretatte undersøkelsene er utilstrekkelige"

Et av områdene i entrepriseretten hvor det ofte oppstår problemer, gjelder hvem som har risikoen for forhold ved grunnen. Det er i NS 8407 inntatt en egen bestemmelse om risikoen for forhold ved grunnen, jf pkt 23.1. Den fastslår at byggherren har risikoen for forhold ved grunnen, så langt de ikke avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med³⁴, og pålegger totalentreprenøren å gjennomføre en del undersøkelser i forbindelse med grunnen. Forholdet mellom undersøkelsespliktene i pkt 23.1 og pkt 25.1.1 b), vil bli

³³ TOSLO 2007-110178

³⁴ Giverholt m.flr, NS 8407 Kommentartutgave (2012) s. 345

forklart nærmere nedenfor for å redegjøre for omfanget av undersøkelsesplikten som følger av pkt 25.1.1 b). Det som gjelder totalentreprenørens plikt etter pkt 23.1 til undersøkelse av visse forhold som gjelder grunnen, er imidlertid i seg selv et stort tema, som er for vidtgående til å gå nøye inn på i en avhandling som gjelder pkt 25.1.

Det er byggherren som i utgangspunktet "leverer" grunnen i en totalentrepriseavtale, ved at han enten har en tomt eller et fundament som det skal bygges videre på. Byggherren må da oppgi informasjon til totalentreprenøren ved kontraktsinngåelsen som totalentreprenøren skal basere seg på og eventuelt ta stilling til i sin prosjektering. Denne informasjonen skal være opplysninger om forhold ved grunnen, dens omgivelser eller byggeområdet, som byggherren kjenner eller "måtte kjenne til", og som "det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få", jf pkt 23.1 tredje ledd. Dette gjelder spesielt forhold ved grunnen som kan føre til vanskeligheter for videre prosjektering og senere utførelse, og kommunale tiltak totalentreprenøren må ta hensyn til.

Pkt 23.1 slår fast at byggherren har risikoen for de forhold ved grunnen som er uforutsette ved "*utarbeidelsen av tilbudet*", så langt disse avviker fra det totalentreprenøren "*hadde grunn til å regne med*". Dette betyr i hovedsak at alle uforutsette forhold som først viser seg etter utarbeidelse av tilbudet, har byggherren risikoen for, med unntak av slike forhold totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ville medføre komplikasjoner. I sistnevnte tilfelle vil totalentreprenøren selv måtte bære kostnadene grunnforholdene medfører.

Ved å slå fast byggherrens risiko, kan bestemmelsen i pkt 23.1 også forstås som å pålegge totalentreprenøren å foreta en vurdering av hva det er grunn til å regne med. Denne bestemmelsen kan det også være nærliggende å forstå som å pålegge totalentreprenøren i hvert fall et visst minimum av undersøkelser av hvordan forholdene må forventes å være. Men i og med at 23.1 annet ledd a)-c) har en mer uttrykkelig angivelse av hva som skal undersøkes og hvordan dette skal skje, er det antagelig i praksis ikke lett å se for seg en "undersøkelsesplikt" som går lengre enn det som er angitt der.

Det er de forhold totalentreprenøren ville ha avdekket, som man legger til grunn i vurderingen av hva totalentreprenøren ”*hadde grunn til å regne med*”, jf. Pkt 23.1 første ledd. Se her også 23.1 fjerde ledd, om at alle foreliggende opplysninger i saken skal tas i betraktning, og at vurderingen skal skje uavhengig av om undersøkelsesplikten etter annet ledd er oppfylt eller ikke.

Er det ved innlevering av tilbud til byggherren så stor usikkerhet om grunnforholdene at det er klart at det er behov for ytterligere undersøkelse ut over undersøkelser i henhold til 23.1 annet ledd, vil bestemmelsen i 23.1 neppe lede til at totalentreprenøren får risikoen for det som er de mest krevende alternativer for hvordan grunnforholdene kan være. Det vil ikke være nødvendig for totalentreprenøren å ta forbehold for å unngå risikoen for vanskelige forhold som grunnet usikkerhet kan tenkes, men som det allikevel ikke er tilstrekkelig ”grunn til å regne med”. Men et annet spørsmål, som jeg avstår fra å gå videre inn på her, er hvor langt det i så fall vil ligge innenfor totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse å foreta de videre undersøkelsene som er nødvendige for å få tilstrekkelig klarhet, uten å kunne kreve tilleggsvederlag for dette.

Ved å legge dette til grunn er det viktig å poengtere at dette vil skje ved tilbudsstadiet. Det bestemmelsen i pkt 25.1.1 b) omhandler, er en plikt til å undersøke om det er behov for videre undersøkelser på bakgrunn av nye omstendigheter i tiden etter kontraktinngåelsen. Uforutsette forhold kan dukke opp etter kontraktsinngåelsen mellom partene. Det er viktig å skille mellom bestemmelsene i pkt 23.1. som omhandler forhold ved utarbeidelse av tilbud, og pkt 25.1.1 b), som tar for seg forhold etter kontraktinngåelsen mellom partene. Et eksempel kan være der totalentreprenøren etter kontraktinngåelse mottar helt nye opplysninger om grunnforholdene som fører til at behovet for å undersøke grunnforholdene og om de andre undersøkelsene som allerede gjort etter pkt 23.1, er tilstrekkelige. Det kan være utenforstående forhold som ikke forelå da tilbuds- eller konkurransegrunnlaget ble fastsatt, som f. eks at det graves på en av nærliggende naboeiendom og de finner leire, eller at det ved oppstartning av graving på eiendommen blir funnet kloakkledninger eller forurensning som det ikke var noen tidligere opplysninger om.

Det fremkommer ut fra en tolkning av bestemmelsens ordlyd at det må være nye omstendigheter inntruffet etter kontraktsinngåelse som åpner for undersøkelsesplikt etter pkt 25.1.1 b). Hvor grundig undersøkelsesplikten etter pkt 25.1.1 b) bør være med hensyn behovet for videre undersøkelser, må bero på en vurdering av den foreliggende sak. Om totalentreprenøren har indikasjoner på at det foreligger særlige forhold som innebærer usikkerhet om de tidligere undersøkelsene som er utført etter pkt 23.1 vil være sentralt for en videre undersøkelse etter pkt 25.1.1 b). Utgangspunktet er at det ikke er nødvendig med ytterligere undersøkelser om det ikke foreligger noen nye forhold som tilsier det etter kontraktsinngåelse.

Det kan oppstå spørsmål om hvem som skal bære kostnadene for de videre undersøkelsene av grunnforholdene som vil følge av 25.1.1 b). Utgangspunktet må finnes i pkt 25.1.1 første ledd som fremhever at det er forhold byggherren har risikoen for, noe som etter 25.1.1 b) vil si at det er byggherren som har risikoen for svakheter som blir oppdaget ved forhold med grunnforholdene. Et vilkår må derfor være at undersøkelsene må ha vært *berettiget* fra totalentreprenørens side³⁵. Undersøkelsesplikten etter pkt 25.1.1 b) av behovet for videre undersøkelser, må kunne antas å inngå i totalentreprenørens alminnelige plikter etter totalentreprisekontrakten, uten at totalentreprenøren skal kunne kreve tillegg for dem. Men dersom det også settes i gang ytterligere undersøkelser, må spørsmålet om berettigelse av tilleggsvurderes ut fra den foreliggende situasjonen. Hvert kontraktsforhold kan være forskjellig. Utgangspunktet er at om totalentreprenøren saklig grunn til å undersøke videre vil dette være innenfor vilkåret. Hva som kan betegnes som <<saklig grunn>> skal ofte forstås strengt, men vil her kunne sees ut fra det generelle formålet med undersøkelsesplikten som er å hindre fremdriften av prosessen og unødvendige merkostnader. Dette kan tilsi å gi totalentreprenøren et noe større ”handlingsrom” i vurderingen, men i vurderingen må man allikevel ta stilling til forutsetningen av at totalentreprenøren skal varsle byggherren ved behov for videre undersøkelse, jf pkt 25.1.2, og hvilke holdninger byggherren har til de.

³⁵ NS8407 med kommentarer: Giverhold m. fler, s 380

Om totalentreprenøren ser behovet for videre undersøkelser etter pkt 25.1.1 b) og dette vil bero på forhold byggherren har risikoen for, vil dette kunne føre til at totalentreprenøren har ett vederlagskrav. Dette kravet vil eventuelt følge reglene for krav om tilleggsvederlag, jf pkt 25.1.2 tredje ledd.

For at totalentreprenøren kan foreta ytterligere undersøkelser der det allerede foreligger undersøkelser som omfattes av pkt 25.1.1 b), vil det etter kontraktinngåelse måtte komme frem ved en analysering av de tidligere rapportene at det foreligger avvik som gir totalentreprenøren grunn til tvile på om de foreliggende rapportene er riktige og/eller tilstrekkelige. Dette er et scenario man i praksis kan finne i flere situasjoner i ett kontraktsforhold. Det er derfor en viktig forutsetning for at dette faller under byggherrens risiko, at de feilene som forelå i de tidligere rapportene ikke uten videre kunne blitt oppdaget i forbindelse med innlevering av tilbudet. Det kan her vises til det som er sagt ovenfor av pkt 23.1.

5.2.1.3 "c) om det er feil ved materialer eller andre ytelser byggherren har levert,"

Bestemmelsen pålegger totalentreprenøren å undersøke om det er feil ved materialer eller andre ytelser byggherren har levert. Hva som regnes som materialer og andre ytelser som byggherren har risikoen for blir definert i standardens pkt 22. Dette omtales som byggherrens leveranse- og medvirkningsplikter.

Byggherren har et koordineringsansvar i tilfeller der det finnes flere sideentreprenøren i prosjektet. Dette følger av bakgrunnsretten og indirekte av standardens pkt 22.3 første ledd, som påpeker at det er byggherren som skal stille arbeidsgrunnlaget til rådighet for totalentreprenøren, herunder også andres arbeid.

Et slikt koordineringsansvar følger også av utførelsesentreprisekontrakten NS8405 pkt 19.7.

Undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 c) omfatter en plikt for totalentreprenøren til å kontrollere de ytelser og materialene byggherren kommer med. Bestemmelsen har nære likheter med pkt 25.2 som tar for seg en plikt til kontroll av løsninger og prosjektering som er foreskrevet av byggherren. Ansvar etter pkt 25.2 gjelder om den prosjekteringen og de løsningene byggherren pålegger totalentreprenøren, vil være egnet til å nå de funksjons- og kvalitetskrav som fremkommer av standardens pkt 25.2, jf. pkt 14.

Undersøkelsesplikten som følger av pkt 25.1.1.c) gjelder allerede konkretiserte eller spesifisert ytelser som byggherren allerede har kommet med. Undersøkelsesplikten skal sees i lys av formålet om å undersøke etter svakheter som kan virke forstyrrende inn på byggeprosessen. Men noe klart skille vil det ofte ikke være.

Den første bestemmelsen som regulerer byggherrens medvirkning følger av pkt 22.1, som tar for seg byggherrens overholdelse av lover, forskrifter og offentlig vedtak. Bestemmelsen slår fast et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, og er tatt med i bestemmelsen for å uttrykke allerede gjeldende rett. Totalentreprenøren skal kunne gå ut fra at all medvirkning fra byggherren eller andre byggherren svarer for, skal være i samsvar med lovgivningen på området. Utgangspunktet er at det ikke skal trengs en særskilt undersøkelse videre om dette, da det skal fremkomme av kontraktsforpliktelsen i avtalen. Men til tross for dette som et utgangspunkt, må totalentreprenøren etter pkt 25.1.1.c) undersøke om det er feil som kan påvirke hans videre fremdrift. Dette innebærer at han må undersøke om byggherren har overholdt sine kontraktsforpliktelser etter f. eks plan- og bygningslovens regler og at han har innført de relevante HMS rutinene som må til for at de skal være i samsvar med arbeidsmiljøloven og tilhørende forskrifter.

Totalentreprenøren vil ofte under en byggeprosess påta seg forskjellige ”ansvarsretter” ovenfor det offentlige, som innebærer plikt til å følge lov og forskrifter på området. Dette fremkommer av f. eks plan og bygningsloven § 1 tredje ledd. Om totalentreprenøren oppdager at byggherren bryter med relevante forpliktelser overfor det offentlige, kan han nekte å utføre videre arbeid inntil byggherren oppfyller de offentligrettslige kravene som stilles,

jf pkt 17.3. En konsekvens av at totalentreprenøren ikke varsler byggherren slik at det blir orden på forholdet, vil kunne være at totalentreprenøren selv blir utsatt for sanksjoner. Som for eksempel i tilfeller det blir utført offentlig kontroll på byggeplassen og totalentreprenøren ikke opererte etter gjeldende lover og forskrifter.

Kort oppsummert vil totalentreprenøren ha en undersøkelsesplikt etter pkt 25.1.1 c) med hensyn til om byggherren overholder lover, forskrifter og offentlig vedtak. Undersøkelsesplikten gjelder så langt det vil kunne forstyrre totalentreprenørens gjennomføring av kontraktsarbeidet.

Pkt 22.2 pålegger videre byggherren å sørge for at alle de nødvendige tillatelsene foreligger for at kontrakten mellom ham og totalentreprenøren kan gjennomføres. Han må også ha offentligrettslig og privatrettslig råderett over eiendommen, og tilkomst til denne. Utgangspunktet er at om disse forholdene ikke er i orden, er dette byggherrens risiko.³⁶ Totalentreprenørens undersøkelsesplikt etter pkt 25.1.1 c) skal omfatte selve råderetten for eiendommen. Ved innhenting av tilbud er det vanlig at slik dokumentasjon foreligger. Totalentreprenøren trenger kun en ytterligere undersøkelse som bekrefter at den foregitte dokumentasjonen fra byggherren er tilstrekkelig for at han har overholdt sin undersøkelsesplikt på dette punkt.

Bestemmelsen om undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 c) nevner spesifikt at totalentreprenøren skal undersøke de materialer som byggherren har levert og dermed har risikoen for. Ofte i en entreprisekontrakt vil byggherren ha preferanser for bruk av materiale eller utstyr. Pålegger byggherren totalentreprenøren å bruke bestemte løsninger eller annen prosjektering som totalentreprenøren og det avtales totalentreprenøren skal ha risikoen for dette, vil dette falle inn under bestemmelsen i pkt 24.2, om avtalt risikooverføring. Undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 c) omfatter de tilfeller der byggherren bringer inn eget materiale som totalentreprenøren skal bruke i utførelsen av prosjektet, jf pkt 22.4. Dette skal være uttryk-

³⁶ Giverholt m. fler. NS 8407 kommentarutgave (2012) s.333

kelig avtalt i kontrakten. Dette skiller seg fra hovedregelen i totalentrepriseavtaler om at det er totalentreprenøren som skal skaffe materialer og produkter nødvendig for kontraktsoppfyllelse. Det er derfor en presisering i pkt 22.4 første ledd, om at det må være ”*uttrykkelig avtalt*” at byggherren påtar seg en leveringsforpliktelse.

Om byggherren i fysisk forstand har levert materiale selv eller om materialet blir levert av en annen leverandør, vil ikke ha betydning Byggherren vil bære risikoen så lenge det fremkommer av avtalen at han påtar seg en *leveringsforpliktelse* ovenfor totalentreprenøren.

Det er også her et noe flytende skille mellom undersøkelsesplikten i 25.1.1 c) og undersøkelsesplikten som følger av pkt 25.2. Et eksempel kan være i tilfeller der byggherren påtar seg en leveringsforpliktelse av vinduer med dobbelt glass. Totalentreprenøren må da undersøke om glassvinduene holder de formål- og funksjonskrav som stilles til vinduene etter kontrakten, og dette faller inn i undersøkelsesplikten som følger av pkt 25.2. Undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 c) skal ikke undersøke hensiktmessigheten av vinduene, men om det er *feil* ved vinduene ut fra hva som følger av avtalen. F. eks at totalentreprenøren fysisk må sjekke at de vinduene som har blitt levert har dobbelt glass og ikke enkelt, som avtalt med byggherren.

Undersøkelsesplikten gjelder for byggherrens medvirkning og leveranser, inkludert andre byggherren svarer for. Det følger av bestemmelsen at byggherren har ansvaret for at hans ytelser vil kunne fungere videre i totalentreprenørens utførelse av arbeidet. Et eksempel kan være i tilfeller byggherren spesifikk i avtalen påtar seg en leveringsforpliktelse gjennom medkontraktshjelpere. Det følger av koordineringsansvaret at byggherren skal bære risikoen for hans kontraktsmedhjelpere, jf pkt 1.5, og sideentreprenører, jf pkt 1.7. Allikevel vil totalentreprenørens ha undersøkelsesplikt etter pkt 25.1.1. c) også når det gjelder slike ytelser. Dette er, som påpekt flere ganger tidligere, fastsatt for å hindre at leveringen vil kunne virke forstyrrende inn på totalentreprenørens eget videre arbeid. Det at sideentreprenøren er en sakskyndig person som regnes å ha et profesjonsansvar tilsvarende totalentreprenøren, vil her som utgangspunkt ikke fritta totalentreprenøren fra hans plikt til å undersøke om sideentreprenørens leveranse passer inn i totalentreprenørens videre arbeid.

5.2.1.4 ”d) og, om det fysiske arbeidsgrunnlaget eller forhold ved grunnen er slik totalentreprenøren kunne forvente etter kontrakten.”

I likhet med bestemmelsen i pkt 25.1.1 c) går 25.1.1 d) nærmere inn på behovet for at totalentreprenøren undersøker det arbeidsgrunnlaget som byggherren leverer til ham. Det følger av standardens pkt 22.3 at byggherren har en leveringsforpliktelse ovenfor totalentreprenøren for det fysiske arbeidsgrunnlaget. Med fysisk arbeidsgrunnlag siktes det ikke til grunnen, som er særskilt regulert av standardens pkt 23, men det fysiske arbeid som byggherren selv har utført eller fått utført av andre entreprenører, og som dermed går inn under byggherrens risiko.³⁷ Hva som skal betegnes som <<fysisk arbeidsgrunnlag>> vil bero på de faktiske forhold og en vurdering av kontrakten mellom partene. Det skilles som nevnt ovenfor ikke mellom de forhold byggherren har gjort selv eller det som er utført av andre kontraktsmedhjelpere, jf. pkt 1.5, eller sideentreprenører, jf. pkt 1.7. Bestemmelsen innbefatter alt det byggherren skal ha utført etter kontrakten før totalentreprenøren kan starte med sine kontraktsforpliktelser.

Det følger av ordlyden i pkt 22.3 og pkt 25.1.1 d), at totalentreprenøren plikter å undersøke at det fysiske arbeidsunderlaget og forhold ved grunnen er slik han kunne forvente etter kontrakten. Hva totalentreprenøren faktisk kan forvente må bero på en tolkning av den konkrete kontrakten. Men dersom ikke noe er avtalt, vil totalentreprenøren normalt kunne forvente at arbeidsgrunnlaget tilfredsstiller de samme kvalitetskravene som totalentreprenøren skal oppfylle etter sin del av kontrakten, i hvert fall der det dreier seg om alminnelige krav.³⁸

Siden det kan foreligge flere parter som leverer det fysiske arbeidsgrunnlaget vil kvalitetskravene kunne ha blitt praktisert forskjellig. Derfor er det vanlig i kontraktene at det er ang-

³⁷ jf pkt 22.3 siste ledd,

³⁸ Giverhold m. fler, kommentarutgave til NS 8407 (2012), s. 334

itt toleranseklasser i henhold til NS 3420. Er det angitt bruk av bestemte toleranseklasser i avtalen mellom partene, angir dette hvilke kvalitetskrav totalentreprenøren kan forvente etter avtalen. I praksis betyr det at totalentreprenøren kan forvente at byggherren og andre som byggherren svarer for, skal ha brukt samme toleranseklasse som totalentreprenøren selv skal legge til grunn.

For eksempel, dersom byggherren har pålagt sideentreprenører å stå for støpearbeidet før totalentreprenøren skal starte arbeidet sitt, vil byggherren ofte ha vært gjennom en overtagelsesforretning for støpearbeidet hvor kvaliteten har vært vurdert. Så lenge totalentreprenøren deretter ikke er underrettet om noe kvalitetsavvik, vil undersøkelsesplikten etter 25.1.1. d) måtte gjennomføres som en kontroll av om kvaliteten på det forutgående arbeidet er i samsvar med det totalentreprenøren har grunn til å tro var avtalt.

Siden det er flere faser i en byggeprosess og disse ofte går inn i hverandre, vil totalentreprenørens undersøkelsesplikt for arbeidsgrunnlag kunne inntre for ulike forutgående arbeider. Alt trenger ikke å være ferdig levert fra byggherrens side, men totalentreprenøren må starte opp sitt arbeid så langt han har muligheten til det etter forholdene på byggeplassen. Undersøkelsesplikten vil gjøre seg gjeldende i flere faser av byggeprosjektet, men ville kun få konsekvenser fra der han blir eller burde bli oppmerksom på forhold som fører til varslingsplikt, jf pkt 25.1.2. Skal f. eks byggherren levere betonggulvet og totalentreprenøren skal stå for legging av parkett, må totalentreprenøren foreta undersøkelser for å se om betonggulvet er som forutsatt før han starter arbeidet ved å legge parketten. Det er nok at kun en del av bygget har tørket betonggulv og klar for parkettlegging. Dette følger av bestemmelsen som ikke setter noen krav til at hele byggherrens leveranse må være levert, totalentreprenøren må påstarte sitt arbeid så fremt deler av leveransen er klar for videre arbeid.

Siden byggherren skal bære risikoen for det underlag han leverer til totalentreprenøren, vil byggherren naturlig nok også bære risikoen om totalentreprenøren ved undersøkelse finner at de ikke tilfredsstiller de krav totalentreprenøren kan stille etter avtalen. Så lenge det er forhold som ligger i byggherrens risiko er det han som må bære de økonomiske følgene.

Undersøkelsesplikten grenses settes ved hva det kan forventes at totalentreprenøren skal gjøre for å innhente den nødvendige informasjonen. Noen ganger vil en feil ved arbeidsunderlaget enkelt kunne oppdages ved en besiktigelse, mens tilfeller der totalentreprenøren må åpne allerede stående konstruksjon for å finne skjulte konstruksjonsdeler, vil det være liten sannsynlighet for at det kan falle inn under undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1. Dette kan for eksempel være der det oppdages skjult råte o.l. ved oppstarting av arbeidet.³⁹

Undersøkelsesplikten skal ta høyde for det faktiske arbeidsgrunnlaget og de forholdene ved grunnen som totalentreprenøren kunne forvente ut fra kontrakten, jf pkt 25.1.1 d). Det at bestemmelsens ordlyd her ikke inntar beskrivelsen av hva som faller innenfor byggherrens risiko etter pkt 22.3 annet ledd, vil i realiteten ikke utgjøre noen forskjell. Undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 er en undersøkelsesplikt som pålegger totalentreprenøren å foreta en undersøkelse av *alle* ytelser byggherren har risikoen for i avtalen, og ikke kun de som er uttrykkelig nevnt i bestemmelsens a – d). Når det i NS 8407 er tatt med en presisering i pkt 22.3 annet ledd om at byggherren har risikoen for det fysiske arbeidsunderlaget, er det for å gjøre klart at dette vil gjelde selv om kontrakten ikke har uttrykkelig regulering av det samme.

Byggherren vil også ha risikoen i de tilfeller der underlaget avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med det ut fra oppdragets art og omstendighetene for øvrig. Her vil vurderingsvilkåret ”grunn til å regne med” være sentralt. Om byggeprosjektet omhandler restaurering av et gammelt trehus vil totalentreprenøren ut fra oppdragets art og omstendigheten for øvrig måtte regne med at det vil kunne foreligge forhold ved det faktiske arbeidsgrunnlaget som skiller seg fra arbeidsgrunnlaget i ett nybygg.

Når det videre gjelder forhold ved grunnen, så blir dette som tidligere omtalt regulert i bestemmelsens pkt 23, jf ovenfor i avsnitt 5.2.1.2 om pkt 25.1.1.b). Her fremgår det at totalentreprenøren har plikt til å undersøke om det er behov for grunnundersøkelser eller om de

³⁹ Giverhold m.fler, Kommentarutgave til NS8407 (2012), s. 335

undersøkelsene som foreligger er utilstrekkelige. Allikevel er det tatt med i 25.1.1 d) at totalentreprenøren har en ytterligere undersøkelsesplikt til å undersøke om forholdene ved grunnen er slik han kan forvente etter kontrakten

Hva totalentreprenøren kan forvente ut fra kontrakten kan blant annet bero på om byggherren har stått for noen av undersøkelsene av grunnforholdene før kontraktinngåelse. Byggherren har en plikt etter pkt 23.1 tredje ledd, til å opplyse totalentreprenøren i tilbud – eller konkurransegrunnlaget om grunnforholdet, byggeområdet og dets omgivelser som han kjente eller burde kjent til, eller som det var nærliggende at totalentreprenøren ville ha interesse av å få. Det er i totalentreprisen pålagt en aktiv undersøkelsesplikt for totalentreprenøren å gjennomgå grunnforholdene, byggeområdet og omgivelsene. Totalentreprenøren er den som skal stå for videre prosjektering og utførelse og vil igjennom det påta seg en plikt til å foreta en aktsom besiktigelse og innhente opplysninger som er viktig for den videre prosjekteringen. Denne aktsomme besiktigelsen gjelder også å undersøke om forholdene ved grunnen er slik som kontrakten gir inntrykk for. Dette skiller seg fra utførelsesentreprisen der det er byggherren som ofte står for å innhente opplysninger om grunnforholdene, jf NS 8405 pkt 19.3 annet ledd.

Som nevnt ovenfor plikter byggherren å opplyse totalentreprenøren om forhold han kjente eller måtte kjenne til ved tilbud- eller konkurransegrunnlaget.

Et eksempel på det kan være at byggherren vil oppføre en bygning i et område det er mye fjell. Ved kjøp av tomten får byggherren beskjed fra den tidligere eier at han ikke har bebygd tomten på grunn av spuntdybden i område. På bakgrunn av denne opplysningen utfører byggherren en geologisk undersøkelse av området for å forsikre seg at det er mulighet for å oppføre bygget som ønsket. Han legger med den geologiske undersøkelsen i kontrakten med totalentreprenøren. Hvor langt undersøkelsesplikten til totalentreprenøren i et slikt tilfelle vil gå, er noe uklart ut av bestemmelsen, men man må ta utgangspunkt i vilkåret om hva totalentreprenøren kan <<forvente ut av kontrakten>>, jf. pkt 25.1.1 d). Foreligger det opplysninger gitt av byggherren i kontrakten, har totalentreprenøren en viss plikt til å un-

dersøke om de forholdene er som byggherren opplyser. Det forventes ikke at totalentreprenøren skal utføre spesielle undersøkelser før han starter opp sine grunnarbeider, da dette normalt ville innebære unødvendige kostnader, men det pålegges han å vurdere om de forhold byggherren opplyser om i kontrakten er tilstrekkelige. Utgangspunktet er at byggherren vil bære risikoen for grunnforholdene der han gir noen opplysninger om dem, men totalentreprenøren får da en viss undersøkelsesplikt med hensyn til om de faktiske forhold er som han kan forvente ut fra kontrakten, herunder det byggherren måtte ha opplyst.

5.2.2 Oppsummering:

I henhold til regelen i pkt 25.1.1 om totalentreprenørens undersøkelsesplikt, skal totalentreprenøren særlig legge vekt på forhold som kan virke forstyrrende for gjennomføringen av prosjektet. Selv om opplistingen av forhold i pkt 25.1.1 a)-d) ikke nødvendigvis er uttømmende, er det viktig å gå igjennom bestemmelsen og hvilken sammenheng den har til de øvrige punktene som regulerer byggherrens medvirkning og ytelser, jf pkt 22-24. Bakgrunnen for det er å kunne redegjøre for hvilket omfang undersøkelsesplikten har, slik at den kan bli tatt med i vurderingen av om totalentreprenøren *“burde ha blitt oppmerksom”* på forhold som kan utløse varslingsplikten i pkt 25.1.2. I vurderingen av hva totalentreprenøren <<burde ha blitt oppmerksom på>> vil kravene til undersøkelsens grundighet være sentralt. Som en del av problemstillingen videre vil kravene til undersøkelsespliktens grundighet derfor analyseres.

5.3 Grundighet: Hvor grundig skal undersøkelsene være etter pkt 25.1.1?

Hvilke krav som stilles til undersøkelsens grundighet etter pkt 25.1.1, gir ikke ordlyden i bestemmelsen noen nærmere holdepunkter for. Det vil derfor måtte foretas en konkret vurdering av den inngåtte kontrakten, sammenholdt med en del mer alminnelige prinsipper som kan ha betydning for tolkningen av den type forpliktelser en her står overfor. I fortsettelsen her vil jeg ikke gå inn på spørsmålet om grundighet i tilknytning til hvert enkelt av de overnevnte punktene i 25.1.1 a) – d). Løsningen vil imidlertid påvirkes av særegenheter

som måtte foreligge ved hvert kontraktsforhold. Men en del mer generelt, og herunder en del typiske momenter som kan spille inn, er det likevel grunnlag for å trekke frem.

Kravet til totalentreprenørens varslingsplikt etter 25.1.2 følger av normen “burde ha blitt oppmerksom på”.⁴⁰ Hva totalentreprenøren ved undersøkelse *blir* oppmerksom på vil ikke utløse noen problemer så lenge han overholder varslingsplikten, men det er forhold han burde bli oppmerksom på uten å ha blitt det, som lettere vil kunne lede til brudd på varslingsplikten og da føre til erstatningsansvar. Det normative innholdet må her oppfattes som å henseile på obligasjonsrettens alminnelige culpa-vurdering, og den aktuelle problemstilling kan omskrives til et spørsmål om totalentreprenøren i den aktuelle situasjon har handlet forsvarlig ut fra forholdene og hva kunne forventes av han.

5.3.1 Utgangspunktet i kontraktforpliktelsen:

Totalentreprenøren påtar seg som en del av sin kontraktforpliktelse å gjennomgå byggherrens ytelser både før og etter kontraktsinngåelse. Før kontraktsinngåelse skal totalentreprenøren som en del av sin vurdering av tilbuds- eller konkurransegrunnlaget undersøke hva han forplikter seg til ved å inngå avtale. Etter kontraktsinngåelsen vil totalentreprenøren som en del av sin prosjekteringsforpliktelse måtte undersøke at prosjektering utført av byggherren passer inn i totalentreprenørens videre prosjektering og utførelse. Da utgangspunktet i totalentreprisen er at totalentreprenøren skal ha ansvaret for prosjekteringen, om ikke annet er avtalt, er det viktig for totalentreprenøren å sette seg inn i byggherrens ytelser allerede av hensyn til sin egen prosjektering.

Dette prosjekteringsansvaret følger av standardens pkt 16.1 jf pkt 14. Det kan sammenlignes med utførelsesentreprisen for å illustrere poenget. I utførelsesentreprisen vil prosjekteringsansvaret være byggherrens risiko, og utførelsen av arbeidet være totalentreprenørens risiko. Entreprenørens undersøkelsesplikt reguleres av NS 8405 pkt 21.1 som pålegger

⁴⁰ Jf pkt 25.1.2 (første ledd), og avsnitt 3.4 i avhandlingen

entreprenøren å gjennomgå byggherrens ytelser med sikte på sin videre produksjon. Da byggherren står for hele prosjekteringen begrenser entreprenørs undersøkelsesplikt seg til å gjelde de forhold som kan hindre entreprenørens videre oppføring av bygget på grunnlag av byggherrens prosjektering. I motsetning til totalentreprise vil entreprenøren her kun sette seg inn i byggherrens ytelser med tanke på utføring og ikke videre prosjektering. Totalentreprenøren må derimot sette seg mer grundig inn i byggherrens medvirkning både hva gjelder prosjektering og utførelse, og kan derfor samtidig sies å ha et bedre grunnlag for å kunne avdekke svakheter eller feil i det byggherren har risikoen for, enn det som er tilfelle for en utførelsesentreprenør.

I totalentreprise blir prosjekteringsforpliktelsen regnes som en del av hovedforpliktelsen etter totalentreprisekontrakten. Undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 er derimot i utgangspunktet utformet som en selvstendig biforpliktelse etter kontraktsinngåelsen, knyttet til alle forhold byggherren har risikoen for, og som er av betydning for gjennomføring av kontrakten. Det kan i denne sammenheng pekes på som et interessant spørsmål hvordan oppfyllelse av denne plikten stiller seg til det som kreves for oppfyllelse av selve prosjekteringsforpliktelsen.

5.3.1.1 Momenter i vurderingen:

I mangelen av andre rettskilder som omtaler krav til undersøkelsens grundighet er det her som ofte ellers naturlig å ta utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen. Det følger ikke spesifikk av ordlyden i bestemmelsen hvor grundig undersøkelsen skal være, men at undersøkelsen skal ha som formål å undersøke “*forhold som kan forstyrre gjennomføringen av arbeidet*” jf pkt 25.1.1. Begrepet «forstyrre» vil her relateres til forhold som vil føre til negative konsekvenser. Hvor langt man kan utlede noe ved å tolke ordlyden kan det nok stilles spørsmål ved, men det er i hvert fall grunn til å notere seg at det vises til forhold som **kan** forstyrre. Da «kan» er ett vagt uttrykk som ikke gir noen spesifikke holdepunkter blir det imidlertid vanskelig å tolke hvor grundig det forventes at undersøkelsesplikten skal være

utover at den skal sikte mot å avdekke forhold innenfor byggherrens risikoområde som kan forstyrre gjennomføringen av arbeidet

Da det heller ikke er noe rettspraksis direkte tilknyttet undersøkelsesplikts grundighet, vil det være viktig å se på andre forhold som kan virke inn på bestemmelsen i pkt 25.1.1. Da det i entrepriserett ofte skilles mellom totalentreprise og utførelsesentreprise vil det blant annet være aktuelt å se om rettskilder brukt for å belyse den ene, også vil kunne gi lys til forståelsen av den andre. Det er heller ikke i NS 8405 satt noen krav til hvor grundig entreprenørens undersøkelsesplikt skal være.

Hagstrøm begrenser utførelsesentreprenørens undersøkelsesplikt til ikke å gjelde lenger enn den gjennomgåelsen som er nødvendig for hans eget bruk av dokumentene.⁴¹ Videre angis det at entreprenøren ikke har en selvstendig plikt til å etterprøve prosjektet og de enkelte sider ved dette, men kan innskrenke sin gjennomgang til det som er nødvendig for han eget arbeid.⁴²

Da denne uttalelsen hos Hagstrøm konkret tar opp det som i utgangspunktet fungerer som skille mellom total- og utførelsesentreprise, vil den imidlertid ikke kunne legges til grunn som også å gjelde for totalentreprise.

I Fabrikasjonskontrakter etter NF 92, ble undersøkelsesplikten regulert i art 6.1. Art 6.1 pålegger leverandøren å søke etter mangler og uoverensstemmelser i tegninger og spesifikasjoner. Samme regel er videreført i NF 05. Uttrykket <<søke etter>> kan forstås som en antydning om en mer aktiv plikt som skal overstige det leverandøren regner som det nødvendige for egne arbeidsoppgaver. Kaasen legger også dette til grunn når han påpeker at undersøkelsesplikten er gjort til en særlig plikt, og på bakgrunn av det kan det antydes at

⁴¹ jf. tidligere standard NS 3401 pkt 7.4 og 7.5

⁴² Hagstrøm, Obligasjonsrett (2009) s. 337 jf Sandvik, entreprenørrisikoen (1966) s. 300.

den vil gå noe lenger.⁴³ En slik plikt kan ha likhetstrekk med den aktive undersøkelsesplikten som totalentreprenøren pålegges etter pkt 25.1.1, men skiller seg fra den ved at konsekvensene vil være mer alvorlig i NF sammenheng.⁴⁴ Likhetene her er at undersøkelsesplikten går lenger enn bare det man kan ha faktisk kunnskap om og ved at det også i visse tilfeller av uvitenhet kan foreligge erstatningsgrunnlag.

Det at det i NS 8407 har blitt en egen bestemmelse som regulerer totalentreprenørens undersøkelsesplikt av byggherrens ytelser støtter Kaasens synspunkt at entreprenøren ikke kan begrense sin gjennomgang til det som er nødvendig, men må gå noe lenger.⁴⁵ Hvor langt gir ikke Kaasen noen spesielle holdepunkter for, men han kan tolkes som at det må bero på en vurdering av hva som vil kunne forventes av entreprenøren ut av forholdene som foreligger.

De strenge rettsvirkningene av forsømt undersøkelse- og varslingsplikt er nytt i totalentrepriseforhold. Introduksjonen av en egen bestemmelse som regulerer forholdet tyder på at man skal legge mer i undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 enn den alminnelige undersøkelsesplikten som følger av prosjekteringsforpliktelsen, jf ovenfor. Hadde rettsvirkningene av bestemmelsene vært de samme ville det ikke vært samme behov for en egen særskilt bestemmelse som regulerte undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1.

Overføringen av risikoen slik forsømmelse av undersøkelsesplikten i realiteten kan lede til, er også i sterk motsetning til funksjonsfordelingsprinsippet i entrepriseforhold.⁴⁶ Som nevnt tidligere er funksjonsfordelingsprinsippet et godt forankret prinsipp i entrepriseretten, og det at forsømt undersøkelsesplikt ved det som må ha vært et bevisst valg ved utformingen av NS 8407 kan føre til risikoforskyvning i forhold til det som ville gjelde etter

⁴³ Kaasen, Kommentar til NF 92, s 135, se også Hagstrøm Obligasjonsrett (2011) s. 338.

⁴⁴ Hagstrøm Obligasjonsrett (2011) s. 338

⁴⁵ Kaasen, Kommentar til NF 92, s 135, se også Hagstrøm Obligasjonsrett (2011) s. 338.

⁴⁶ se avsnitt 2.2 og 2.3 for forklaring av funksjonsfordelingsprinsippet

dette prinsippet, tilsier også at undersøkelsesplikten i pkt 25.1 er ment å ha en selvstendig realitet.

Men på den annen side taler de reelle hensynene for at grundigheten ikke bør overskride en grense mot det som vil kunne hemme hensynene eller bakgrunnen for undersøkelsesplikten.⁴⁷ Plikt til svært grundige undersøkelser kan føre til ekstra kostnader og behov for lenger tid.

5.3.1.2 Delkonklusjon

Ved å ta alt det overnevnte med i betraktning, tilsier det at undersøkelsesplikten etter pkt 25.1.1 strekker seg lenger enn den undersøkelsesplikten som følger av prosjekteringsforpliktelsen. Undersøkelsesplikten i 25.1.1 viser til at det kreves ”noe mer”, men i hvilken grad og utstrekning, er ikke uttrykkelig bestemt eller nedfelt noe sted.

Videre fremkommer det av juridisk teori at det:

*“ikke kreves noen fullstendig gjennomgang, men at det i mangel på andre holdepunkter må bero på en konkret aktsomhetsvurdering.”*⁴⁸

I det følgende legges det derfor til grunn at det må foretas en aktsomhetsvurdering der undersøkelsesplikten blir sett på som en innsatsforpliktelse for totalentreprenøren. Hva som ligger i denne innsatsforpliktelsen setter rammen for hvor grundig undersøkelsen må være. Denne aktsomhetsvurderingen viser seg som nevnt også i normen “burde ha blitt oppmerksom på”⁴⁹ som åpner for at det også må foretas en vurdering om totalentreprenøren har undersøkt så grundig som det etter forholdene fremstår som rimelig og forsvarlig.

⁴⁷ Se avsnitt 4 for nærmere redegjøring av formålet og hensynene bak bestemmelsen

⁴⁸ Kaasen, petroleumskontrakter (2006) s. 150

⁴⁹ Jf. pkt 25.1.2

5.3.2 Aktsomhetsvurderingen:

5.3.2.1 Innsatsforpliktelsen:

I kontraktsforhold skilles det ofte mellom resultatforpliktelser og innsatsforplikter. Skillet mellom disse angir hva slags forpliktelse partene påtar seg overfor hverandre etter kontrakten. De angir hvorvidt realdebitor, som i entrepriseretten er entreprenøren, påtar seg å frembringe et bestemt resultat eller om at det er tilstrekkelig at han gjør en faglig god innsats.⁵⁰ Hva som angir hvilken forpliktelse realdebitoren påtar seg, vil altså være knyttet til pliktens innhold. I ett og samme kontraktsforhold kan det samtidig være både resultatforpliktelser og innsatsforpliktelser, f. eks som hovedforpliktelser og biforpliktelse.

For å finne ut om undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 er å anse som en resultat- eller innsatsforpliktelse, er det igjen naturlig å ta utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen. Både ordlyden “*ha som mål*” og ytelsens natur “*å vurdere*”, og for så vidt også en undersøkelsesplikts natur, tilsier at undersøkelsesplikten i pkt 25.1 må regnes som plikt til en slik arbeidsinnsats, som kjennetegner innsatsforpliktelsene. Det at undersøkelsesplikten regnes som en innsatsforpliktelse får betydning for hvor grundig undersøkelsen må være, ved at innsatsen som forventes av totalentreprenøren legges til grunn i en sammensatt culpa-vurdering. Har totalentreprenøren handlet forsvarlig ut fra forholdene? I det følgende skal sies noe om hvilke forhold som videre må antas å kunne spille inn ved denne aktsomhetsvurderingen.

5.3.2.2 Aktsomhetsnormen regnes som en profesjonsnorm:

I aktsomhetsvurderingen må det foretas en vurdering om totalentreprenøren har handlet uforsvarlig ut fra hva som kunne forventes av han. Hva som legges til grunn i aktsomhets-

⁵⁰ Obligasjonsrett, hagstrøm (2009) s. 115.

vurderingen for en entreprenør, altså aktsomhetsnormens innhold, forklarer Hagstrøm generelt slik:

“ ... en grunnleggende premiss at entreprenøren yter profesjonell bistand mot vederlag. Aktsomhetsnormen vil således være streng fordi det dreier seg om et profesjonsansvar.”

En entreprisekontrakt bærer preg av at totalentreprenøren påtar seg en kontraktsforpliktelse mot vederlag. Denne kontraktsforpliktelsen regnes i totalentreprisen å omfatte prosjektering og utførelse. Hva aktsomhetsnormen omfatter må ta utgangspunkt i hvilke kontraktsforpliktelser totalentreprenøren har påtatt seg, og vurderingen vil være hva byggherren kan vente av kontraktsforpliktelsen.

Alle som utøver et spesifikt yrke, må stå til ansvar for det arbeidet de utfører innenfor dette yrket. Der en part uten reservasjoner påtar seg å yte *profesjonell bistand mot vederlag* vil det ligge forventninger om fagkunnskap, forsvarlig gjennomføring og tilstrekkelige kvalifikasjoner for den aktuelle utførelsen. Aktsomhetsvurderingen skal derfor skje etter en faglig målestokk som skal tolkes strengt i de situasjoner hvor man har med profesjonelle aktører å gjøre. Om totalentreprenøren har forsømt sin undersøkelsesplikt vil bero på en objektiv vurdering av bransjenormen, altså hva som kan forventes av totalentreprenøren.

Sandvik forklarer dette slik:

*"Den som gir seg inn på en virksomhet som entreprenør må finne seg i å bli målt med de normalmål som gjelder for entreprenøren"*⁵¹

Kort forklart betyr dette at entreprenøren skal måles ut fra en felles norm som skal gjelde for alle entreprenører. Jeg vil her tilføye at dette i hvert fall må gjelde som et klart utgangspunkt.

⁵¹ Sandvik, Entreprenørrisikoen, (1966) s. 297

Høyesterett har ved flere anledninger behandlet hvilken aktsomhetsnorm som kan gjelde for profesjonsutøver, deriblant advokater og eiendomsmeglere, jf. Rt. 1988 s. 7, Rt. 1989 s. 1318, Rt. 1992 s. 282, Rt. 1994 s. 1430 og Rt. 1995 s. 486. Felles for alle disse dommene er en form for objektivisering av aktsomhetsvurderingen i situasjoner med profesjonelle aktører. En tilsvarende streng aktsomhetsnorm må antas å kunne anvendes mot andre profesjonelle aktører som utøver sin profesjon, både entreprenører og konsulenter.

*“En støter undertiden på det syn at entreprenøren må anses som den sakkydige part i forholdet, og at dette må spille inn bl.a. ved bedømmelsen av aktsomheten,...”*⁵²

Hagstrøm slo også fast at i entrepriseretten gjelder profesjonsansvaret, se i Entrepriserett, utvalgte emner, (1997) s. 102-111.

5.3.2.2.1 Sammenhengen med aktsomhetsvurderingen i “burde bli oppmerksom på” jf pkt 25.1.2:

Hva som betegnes som det “anerkjente handlingsmønsteret” må, som nevnt ovenfor i avsnitt 3.4, bero på en vurdering av hver enkelt profesjonsgruppe som partene opererer innen. Det følger av ordlyden i bestemmelsens pkt 25.1.1 at det er *entreprenøren* som skal ta stilling til byggherrens ytelser og andre forhold byggherren har risikoen for, og aktsomhetsvurderingen skal derfor ta utgangspunkt i hva *entreprenøren* burde ha blitt oppmerksom på, jf pkt 25.1.2. Hver enkelt entreprenør som tar på seg oppdraget som en entreprenør, må uansett om det er totalentreprise eller utførelsesentreprise da leve opp til de krav som stilles til oppdragets art og omfang, slik dette vil bli forstått å gjelde nettopp for en entreprenør. Hva som betegnes som det “anerkjente handlingsmønsteret” vil da i totalentreprise bero på en vurdering av hva som regnes som “normalt” å kunne forvente av totalentreprenøren, altså bransjenormen.

⁵² Sandvik, Entreprenørrisikoen 1966, s. 298

I de fleste yrker vil det foreligge veiledning i form av forskrifter eller andre skriftelige normer som kan gi bistand i klarleggingen av hvor langt bransjenormen strekker seg i en bestemt plikt sammenheng, men i tilfeller der dette ikke foreligger, må det i stedet foretas en mer generell vurdering basert på bransjens mer gjennomgående, faglige skjønn. Dette skjønnnet skal i møte med profesjonsutøver tolkes strengt. I entrepriserett kan for øvrig standardkontraktene i mange tilfeller selv anses som en bransjenorm, og utgangspunktet skal derfor tas i disse så lenge ikke annet er avtalt mellom partene.

Det kan derfor legges til grunn at aktsomhetsvurderingen skal ta utgangspunkt i det profesjonsansvaret som gjelder for totalentreprenøren. Hva som ligger i dette gis det ikke noen spesifikke holdepunkter for, men det fremkommer av rettspraksis og juridisk teori at vurderingen av hvor grundig undersøkelsesplikten skal være, må ses i lys av at totalentreprenøren er en profesjonsutøver og at det derfor kan forventes klart mer av ham enn av ikke-profesjonelle utøvere.

Et spørsmål videre vil da være om det er noe som kan forminske profesjonsnormens strenge krav til aktsomhet, som en "unnskyldningsgrunn"?

5.3.2.3 Begrensninger i aktsomhetsvurderingen:

Aktsomhetsvurderingen skal i lys av det strenge profesjonskravet til totalentreprenøren være streng. Allikevel kan det i vurderingen av totalentreprenørens aktsomhetsplikt komme flere elementer som kan påvirke profesjonsnormens strenge krav. Det skal i det følgende foretas en gjennomgang av enkelte momenter som kan virke inn i aktsomhetsvurderingen. Gjennomgangen er ikke uttømmende, men inneholder de momentene som man ofte møter på i et kontraktsamarbeid.

5.3.2.3.1 Rolleforventningene i kontraktsforholdet:

Det fremkommer ovenfor at et sentralt moment i aktsomhetsvurderingen vil være hvilke rolleforventninger byggherren kan ha ovenfor totalentreprenøren. Spørsmålet videre vil da bli om totalentreprenørens forventninger til byggherren kan påvirke kravene til undersøkelsens grundighet?

i: Byggherrens profesjonalitet:

Det fremkommer av rettspraksis at kravene til totalentreprenørens undersøkelsesplikt kan minskes i møte med en profesjonell byggherre. I en dom fra Agder lagmannsrett, LA-2004-39953, om en tvist innen totalentreprise etter den tidligere standarden NS 3431, ble betydningen av byggherrens profesjonalitet ved spørsmål om totalentreprenørens undersøkelsesplikt drøftet. Lagmannsretten kom frem til at undersøkelsesplikten etter NS 3431 pkt 9.7 skulle gjelde i rimelig utstrekning. I vurderingen av om totalentreprenøren hadde oppfylt undersøkelsesplikten, la retten avgjørende vekt på at byggherren var og en profesjonell byggherre og eiendomsforvalter, og at han selv var nærmest til å kunne avdekke svakheter ved lydisoleringen, som tvisten omhandlet.

Det legges videre tilgrunn at bestemmelsen kan tolkes utvidende til å gjelde for undersøkelsesplikten i pkt 25.1.1 også. Lagmannsrettens resultat kom på bakgrunn av de forventningene totalentreprenøren kunne ha overfor en annen profesjonell part i det samme yrket. Er byggherren en profesjonell aktør vil han selv kunne ha den fagkunnskapen som skal til for å kunne avdekke svakheter ved hans egne ytelser, det vil si det samme som undersøkelsesplikten har som mål å avdekke. Totalentreprenøren kan som et resultat av det forvente at byggherrens ytelser skal leve opp til de krav som kan forventes av en profesjonell byggherre. Kort oppsummert vil det kunne forklares med at jo mer profesjonell byggherren er, jo mindre krav er det til en grundig undersøkelse fra totalentreprenørens side. Men også her er det selvsagt grenser, pkt 25.1 er tross alt en bestemmelse som etter sin ordlyd også vil gjelde i slike tilfeller. Og som et absolutt minimum må gjelde at i hvert fall ved de feilene i

ytelser fra byggherren som totalentreprenøren faktisk har oppdaget, er noe han må varsle om for å unngå risiko for erstatningsansvar.

ii: Innhenting av kontraktsmedhjelpere:

I aktsomhetsvurderingen knyttet til grundigheten av undersøkelsen, vil også byggherrens bruk av kontraktsmedhjelpere spille inn. Det fremkommer av Hagstrøm:

“Ved vurderingen av entreprenørens aktsomhetsplikt, kommer det inn som et vesentlig element hvilke hjelpere byggherren har hatt til å bistå seg.”⁵³

Det er vanlig ved entreprisekontrakter at byggherren innhenter kontraktsmedhjelpere til å bistå seg. Utgangspunktet i kontraktsretten er som kjent at kontraktsforpliktelsen vil forbli uendret, selv om det blir innhentet hjelp fra selvstendige medhjelpere til å oppfylle.⁵⁴ Byggherrens kontraktsmedhjelpere blir definert i bestemmelsens pkt 1.5 og 1.7.

Totalentreprenørens undersøkelsesplikt skal omfatte ytelser byggherren har risikoen for, inkludert de andre har levert til byggherren. Om byggherren har engasjert en fagkyndig konsulent til å bistå med utarbeidingen av forprosjektet, vil hans faglige kompetanse kunne få betydning i likhet med totalentreprenørens eget profesjonsansvar. Ved innhenting av faglig kompetanse øker byggherrens mulighet til å unngå eller avdekke feil i sine egne ytelser, og totalentreprenøren kan derfor legge til grunn at ytelser som er levert eller blir undersøkt av byggherrens fagskyndige, vil ha en standard som tilfredsstillende de normalmål som stilles til profesjonsutøvere. Kravene til undersøkelsesplikts grundighet vil derfor kunne være lavere i møte med slike ytelser. Men også her er det grunn til å understreke at pkt 25.1 tross alt gjelder også i slike tilfeller, slik at det selvsagt er en grense for hvor lett totalentreprenøren kan ta på de undersøkelsene bestemmelsen foreskriver.

⁵³ Hagstrøm, Entrepriserett utvalgte emner (1997) s. 88

⁵⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2009) s.470

Oppfatningen om at byggherrens bruk av profesjonelle medhjelpere spiller inn, støttes av rettspraksis. Både dom fra Hålogaland lagmannsrett (LH-2004-40378) og en dom fra Oslo Tingrett, som er nevnt tidligere i avhandlingen ⁵⁵, legger til grunn at totalentreprenørens undersøkelsesplikt må vurderes i lys av om byggherren har brukt fagskyndige til å hjelpe seg med sine ytelser.

iii: Ved byggleder og kontrollører:

Et annet mulig moment av betydning for aktsomhetsvurderingen, er der byggherren har innhentet en byggleder eller kontrollør. Byggledere blir ofte ansatt eller engasjert av byggherren for å kontrollere totalentreprenørens arbeider der byggherren selv ikke har mulighet til det. I tilfeller der byggladers arbeidsoppgaver omfatter ytelser som faller inn under totalentreprenørens undersøkelsesplikt, kan dette tas med som et moment i aktsomhetsvurderingen. Da vil det være to til å undersøke den samme ytelsen, og sjansen for å oppdage svakheter vil være større. Men allikevel fritar ikke dette totalentreprenøren helt fra å undersøke det han etter forholdene bør gjøre. Dette fremkommer av en voldgiftsdom av 3/2 1936⁵⁶, hvor det legges til grunn at entreprenøren ikke kunne basere seg på å følge byggherrens kontrollører, der det ved en egen undersøkelse ville blitt lagt til grunn at det kunne blitt svakheter. NS 8407 pkt. 20.3 om at byggherrens kontroll og godkjenning ikke fritar totalentreprenøren fra å levere kontraktmessig, må oppfattes som et utslag av dette. Men når det gjelder selve undersøkelsesplikten totalentreprenøren har i tilknytning til ytelser fra byggherren, vil nok momentet i en viss utstrekning spille inn. I en dom fra Borgarting Lagmannsrett (LB-2005-178511) ble det da også lagt til grunn at byggherrens bruk av egne kontrollører minsket kravene til undersøkelsespliktens grundighet. Denne dommen gjaldt en utførelsesentreprise etter NS 3430, men er så generell at den at den har overføringsverdi også til bruk av kontrollører innen totalentreprise. Dommen gjaldt et tilfelle der byggherren

⁵⁵ TOSLO-2007-110178

⁵⁶ referert til av Sandvik i Entreprenørrisikoen (1966) s. 301

påla entreprenøren å følge en instruks med tilsyn av fagkyndig kontrollør på vegne av byggherren.

I aktsomhetsvurderingen vil det følgelig kunne ha betydning at byggherren har hatt hjelp av kontrollører eller byggleidere, men det må selvsagt også her bero på en skjønnsmessig forsvarlighetsvurdering etter forholdene hvor langt dette skal være tilfelle.

iiii: Overordnede momenter i aktsomhetsvurderingen:

En problemstilling som også kan tenkes ut fra rolleforventningene i kontraktsforholdet, er om byggherren kan forvente de samme kravene til undersøkelsens grundighet av alle totalentreprenører? I tilfeller der byggherren står mellom å velge en stor totalentreprenør som f. eks Veidekke AS, eller f. eks en familiebedrift med 6 ansatte, settes spørsmålet på spissen: Kan det da stilles de samme kravene overfor begge totalentreprenørene? Et spørsmål er også der byggherren får anbud av forskjellige totalentreprenører og prisene skiller mye mellom dem. Vil da byggherren kunne forvente det samme av totalentreprenøren som er langt lavere priset enn de andre? Det prinsipielle svaret er at det ikke skal spille noen rolle for aktører som har gitt seg inn på det samme markedet, men i praksis kan det nok likevel ikke utelukkes at det kan ha en betydning for hva byggherren kan forvente, og dermed for hva entreprenøren med en viss rett kan legge til grunn at han plikter å leve opp til av forventninger. Spørsmålet om nyansering av rolleforventinger er imidlertid et mer generelt tema, og en nærmere analyse av dette temaet vil imidlertid ha et omfang som blir for mye å drøfte i sammenheng med denne avhandlingen.

5.3.2.3.2 Tidsanslaget etter kontrakten

Det kan vurderes om den tiden totalentreprenøren har til rådighet kan påvirke aktsomhetsvurderingen. I utgangspunktet skal totalentreprenøren legge en tidsplan for prosjektering og utførelse. Tidsplanen skal inneholde rom for de nødvendige vurderingene og kalkulasjone-

ne som trengs for både prosjektering og utførelse slik at bygget tilfredsstiller de krav som stilles etter pkt 14.

Det er ingen holdepunkter som tilsier at i det i tilfeller totalentreprenøren selv setter snau-tidsramme for ferdigstilling av byggeprosjektet, vil kunne stilles lavere krav til grundighe-ten av de undersøkelsene som skal foretas etter pkt. 25.1.1. Spørsmålet kan imidlertid bli annerledes i de tilfeller byggherren selv setter en snau tidsfrist som totalentreprenøren må innrette seg etter. I en kommentar til undersøkelsesplikten i NS 3430 fremkommer det at:

“Den tid som står til disposisjon for entreprenøren må også være et moment i vurderingen”

⁵⁷

Som utgangspunkt må det antas at i de tilfeller der byggherren selv har satt en tidsfrist som gir lite tid, vil det påvirke aktsomhetsvurderingen. Men dette bør ikke anses å gjelde der totalentreprenøren selv har beregnet for liten tid til utførelse av sine egne kontraktforpliktelser.

5.3.2.3.3 Utviklingsrisikoen: Forholdet til tidspunktet når aktsomhetsvurderingen skal foretas:

Det er en nær sammenheng mellom kravene til undersøkelsesplikten grundighet og tids-punktet undersøkelsesplikten blir utført. Utgangspunktet i entrepriseretten er at vurderingen av om totalentreprenøren har oppfylt sin undersøkelsesplikt, som andre plikter, skal skje ut fra tilgjengelig kunnskap generelt og spesielt på tidspunktet da undersøkelsen ble gjennom-ført. Undersøkelsesplikten grundighet vil derfor vurderes ut fra hva som anses som for-svarlig på det aktuelle tidspunktet. I aktsomhetsvurderingen skal det strenge profesjonsan-svaret ha vekt, jf ovenfor, noe som også innebærer et krav op oppdatert kunnskap. Profe-sjonsansvaret følger de normalmål som kan forventes av en bransjeutøver. Men et problem i aktsomhetsvurderingen knyttet til undersøkelsesplikten kan være at prosjektering og utfø-

⁵⁷ Kolsrud m.fler, Kommentar til NS 3430, s 71

relse kan strekke seg over et lengre tidsrom, og hva da med kunnskap, for eksempel om svakheter ved et produkt byggherren har levert, som ført blir mer allment kjent innen profesjonen en stund ut i prosjektet. Skal totalentreprenøren da kunne bli ansvarlig for ikke å ha foretatt fornyede undersøkelser og varsling til byggherren.

Svaret er antagelig at også en plikt til eventuelle fornyede undersøkelser kan tenkes, men at også dette konkret avhenger av den mer generelle og skjønnsmessige forsvarlighetsvurderingen pkt 25.1 pålegger totalentreprenøren å foreta. Dette er et krav til totalentreprenøren at han løpende skal holde seg oppdatert og følge bransjens normalmål. Men det bør her også tas i betraktning at det dett er ett alminnelig entrepriserettslig prinsipp, at byggherren skal bære utviklingsrisikoen.⁵⁸

5.3.2.3.4 Forholdet til byggherrens opplysningsplikt:

Problemstillingen i det følgende vil være om risikoen for byggherrens uriktige opplysninger kan overføres til totalentreprenøren i tilfeller der totalentreprenøren gjennom undersøkelse burde ha blitt oppmerksom på forholdet.

Det hevdes ofte som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp at opplysningsplikten skal gå foran undersøkelsesplikten. I entrepriseretten, som regnes som en spesiell del av den alminnelige obligasjonsretten, vil derimot dette prinsippet modifiseres av totalentreprenørens aktive undersøkelsesplikt der ikke annet er avtalt.

Både byggherrens opplysningsplikt og totalentreprenørens undersøkelsesplikt følger av lojalitetsforholdet mellom partene, og i aktsomhetsvurderingen skal derfor begge parter interesser og hensyn tillegges vekt. Dersom det må konstateres at begge partene har handlet uforsvarlig ved og ikke opplyse eller varsle om et negativt forhold som de burde, kan det

⁵⁸ TOSLO-2007-110178 og Hagstrøm Entrepriserett utvalgte emner (1997) s. 85

derfor tilsi en form for risikodeling.⁵⁹ En kan si det foreligger en slags medvirkningsansvar fra begge parter. Her bør i så fall graden av klander mot hver av partene spille inn på fordelingen. Dersom forholdet har preg av at totalentreprenøren bevisst har nedprioriterer undersøkelsesplikten og hatt sine egne interesser mer i fokus enn byggherrens, vil det selvsagt tale sterkt mot totalentreprenøren, også der utgangspunktet var uaktsom feilopplysning fra byggherren.

5.3.3 Oppsummering

Det foreligger flere forhold som kan virke inn på det strenge profesjonskravet som preget aktsomhetsvurderingen. De overnevnte forholdene er ikke en uttømmende liste, men virker som en pekepinn på aktuelle temaer som alt etter den faktiske situasjon kan være aktuelle å ta med i vurderingen.

5.4 Når skal undersøkelsen etter pkt 25.1.1 foretas?

I vurderingen når undersøkelsesplikten bør foretas, må man ta utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen. Ordlyden gir retningslinjer både i første og siste ledd. I det følgende siktes først og fremst til hvor tidlig undersøkelsen skal foretas. Ovenfor, i tilknytning til utviklingsrisikoen, er det allerede sagt noe om spørsmålet om eventuelle gjentatte undersøkelser.

Når totalentreprenøren skal undersøke fremgår av ordlyden i første ledd: “*som en del av sin produksjonsplanlegging*”⁶⁰. Det er viktig å ta utgangspunkt i at produksjonsplanleggingen skjer i flere omganger i byggeprosessen. Selve ordlyden i første ledd gir derfor ingen særlig holdepunkter for på hvilket tidspunkt undersøkelsen bør foretas, men gir en fleksibel plikt for totalentreprenøren til å ta stilling til når han bør undersøke byggherrens ytelser slik de gjør vil komme inn under produksjonsplanleggingen.

⁵⁹ vgd. Av 12/11 1965 og Sandvik Entreprenørrisikoen (1966) s. 315-316

⁶⁰ Se avsnitt 2.1 for nærmere beskrivelse av produksjonsplanleggingsfasen

Siste ledd gir en mer skjønnsmessig vurdering av tidspunktet undersøkelsen bør foretas. Det skilles i siste ledd mellom undersøkelser som skal foretas <<i god tid>> og forholdet til undersøkelsen av materialer som skal skje <<snarest mulig>>.

Det overnevnte vilkåret om god tid kan tolkes til å gjelde alle undersøkelsene som skal gjennomføres utenom undersøkelser av materialer.

Hva som ligger i ordlyden “*i god tid før den aktuelle informasjonen eller leveransen skal benyttes*” jf. pkt 25.1.1 siste ledd, må bero på en konkret skjønnsmessig vurdering. Utgangspunktet er også her at undersøkelsesplikten bør skje i så god tid at man kan unngå at de vil forstyrre gjennomføringen og hindre eventuelle negative konsekvenser. Dette følger av hensynene bak undersøkelsesplikten. Det betyr i praksis at undersøkelsen bør skje på et tidspunkt slik at totalentreprenøren kan varsle byggherren og få svakheten rettet før totalentreprenøren selv skal bruke ytelsen. Om undersøkelsen vil skje på noe senere tidspunkt vil det kunne føre til forsinkelser og eventuelle merkostnader.

For materialer er ordlyden klar, totalentreprenøren skal undersøke “*snarest mulig etter levering*”, jf 25.1.1 siste punktum. Ordvalget <<snarest mulig>> gir ingen helt konkret fristangivelse, men er en ordlyd som blir brukt i flere andre obligasjonsrettslige lover, og man kan derfor se hen til hva som følger av disse. I forarbeidene til Bustadoppføringslova følger det en hovedregel om at ved bruk av ordlyden “*så snart råd er*” at det skal skje “*innen få dager*”.⁶¹ Ordlyden er også strengere enn flere andre ordlyder som er normalt å finne i obligasjonsretten som <<innen rimelig tid>> eller <<uten ugrunnet opphold>>. Dette tyder derfor på at det bør være en streng tolkning som ikke gir totalentreprenøren rett til å vente til han skal bruke materialene. Undersøkelsen bør skje så fort han har anledning til å sjekke materialene etter de har kommet til byggeplassen. Totalentreprenøren har da mulighet til å varsle byggherren i tide om det er feil på eller ved materialene, så det kan foretas en omle-

⁶¹ NOU 1992 s. 77

vering før materialene skal tas i bruk. Grunne til den strengere fristen her er naturligvis at det tidvis kan være lengre bestillingstid på nye materialer. Den strengere fristen passer følgende godt sammen med hensynene bak bestemmelsen.⁶²

6 Register:

6.1 Standardkontrakter

Norsk standard, NS 3401: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. 1. utgave 1969

Norsk Standard, NS 3420: Beskrivelsestekster for bygg, anlegg og installasjoner

Norsk standard, NS 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. 2. utgave 1994

Norsk standard, NS 3431: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. 2. utgave 1994

Norsk Standard, NS 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt. 2. utgave 2008

Norsk Standard, NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise. 1. utgave 2011.

Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005

⁶² For nærmere redegjørelse av hensynene se avsnitt 4.2

6.2 Lover

Lov om kjøp, 13. mai 1988, nr 43 (Kjøpsloven)

Lov om håndverktjenester m.m for forbrukere, 16. juni 1989, nr. 36 (Håndverktjenesteloven)

Lov om avhending av fast eiendom, 3. juli 1992, nr. 93 (Avhendingslova)

Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad, 13. juni 1997, nr. 43 (Bustadsoppføringslova)

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv, 17. juni 2005, nr. 62 (Arbeidsmiljøloven)

Lov om planlegging og byggesaksbehandling, 27. juni 2008, nr. 71 (plan- og bygningsloven)

6.3 Forarbeider

NOU: 1992: 9. Forbrukarentrepriselov

Ot.prp.nr. 66 (1990-1991). Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

6.4 Domsregister

6.4.1 Høyesterettsdommer

Rt 1917 s. 673

Rt 1988 s. 7

Rt 1989 s. 1318

Rt 1994 s. 1430 (Advokatfullmektigdommen)

Rt 1995 s. 486

RT 2010 s. 961

6.4.2 Lagmannsrettdommer

Håloglands Lagmannsrett (LH-2004-40378)

Borgarting Lagmannsrett (LB-2005-178511)

6.4.3 Tingsrettsdommer

TOSLO 2007-110178

6.4.4 Voldgiftsdommer

Vgd. Av 3/2 1936

6.5 Uttalelser

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd, sak nr. 564 (2005)

6.6 Litteratur

Arnholm, Privatrekt I – Almindelig privatrett 1964

Sandvik, Entreprenørrisikoen, 1966

Barbo, Totalentreprise – Særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko, 1989

Barbo, Kontraktsomlegging i entrepriseforhold, 1997

Giverholt, Marthinussen, Arvesen, NS 8405 med kommentarer, 2010

Giverholt, Marthinussen, Arvesen, NS 8407 Alminnelig kontraktsbestemmelser for total-
entreprise med kommentarer, 2012

Hagstrøm, Entrepriserett – utvalgte emner, 1997

Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2009

Kolsrud m.fl. Kommentar til NS 3430, 1992

Kaasen, Petroleumskontrakter – med kommentarer til NF 05 og NKT 05, 2006

Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, 1997